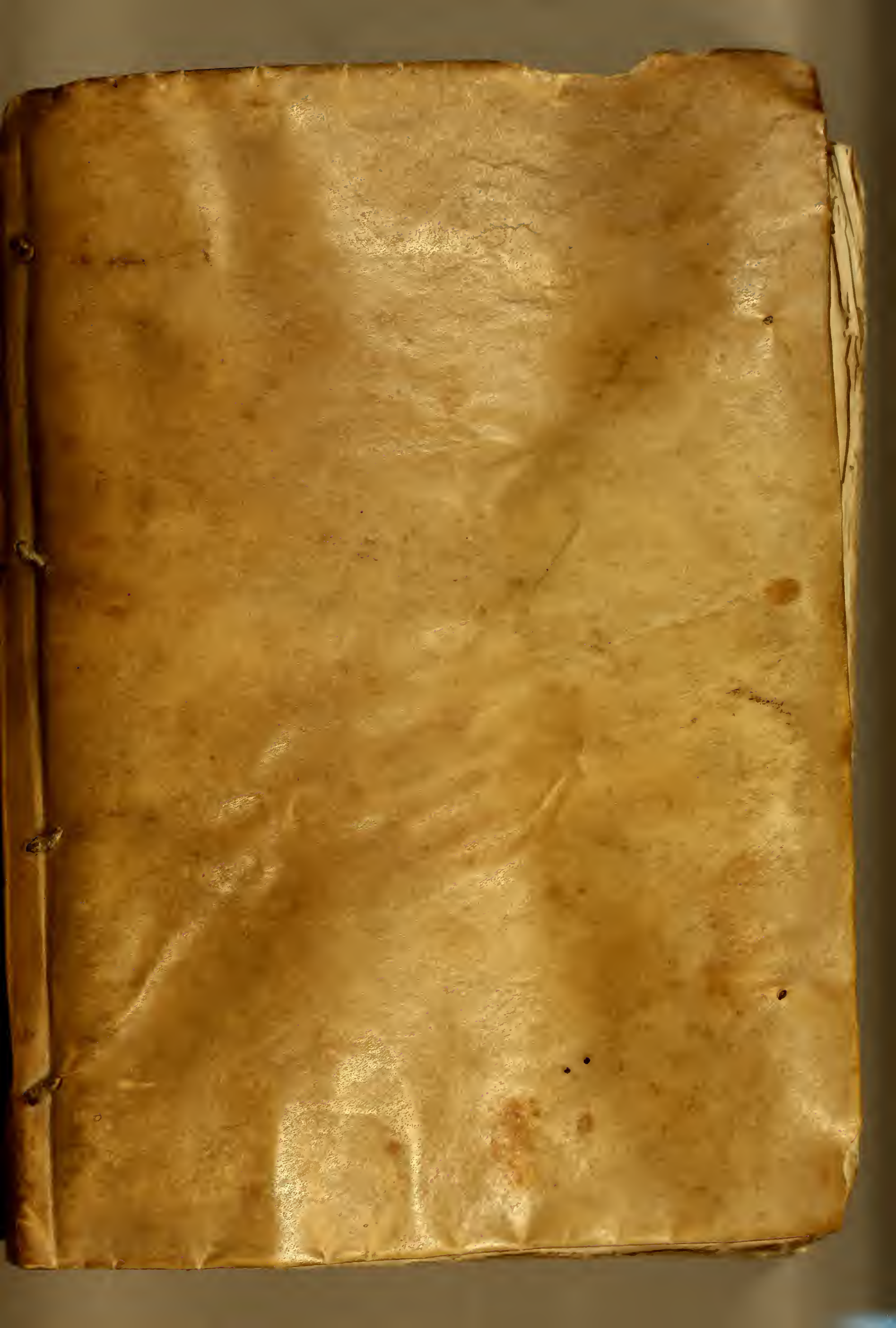
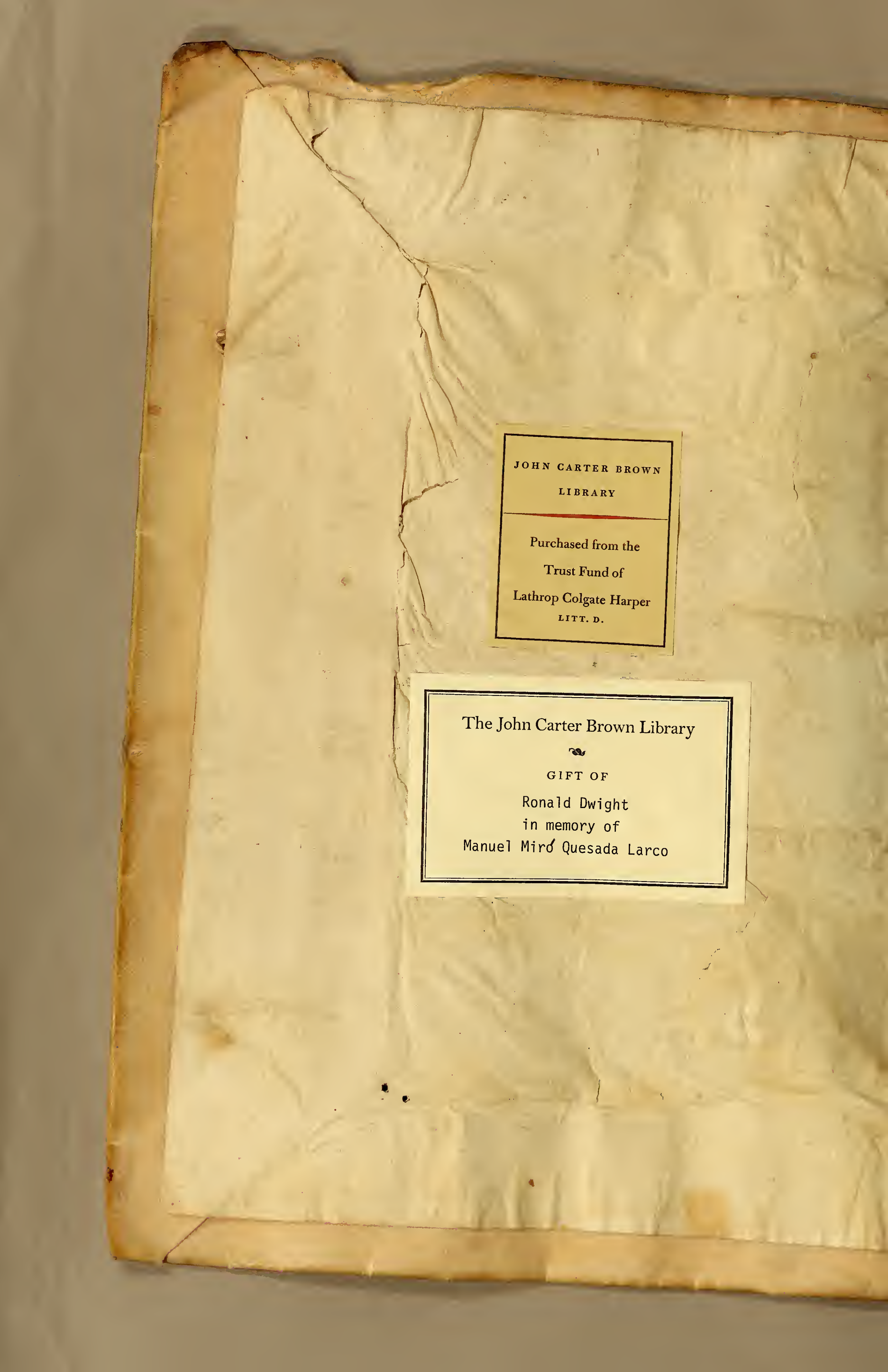
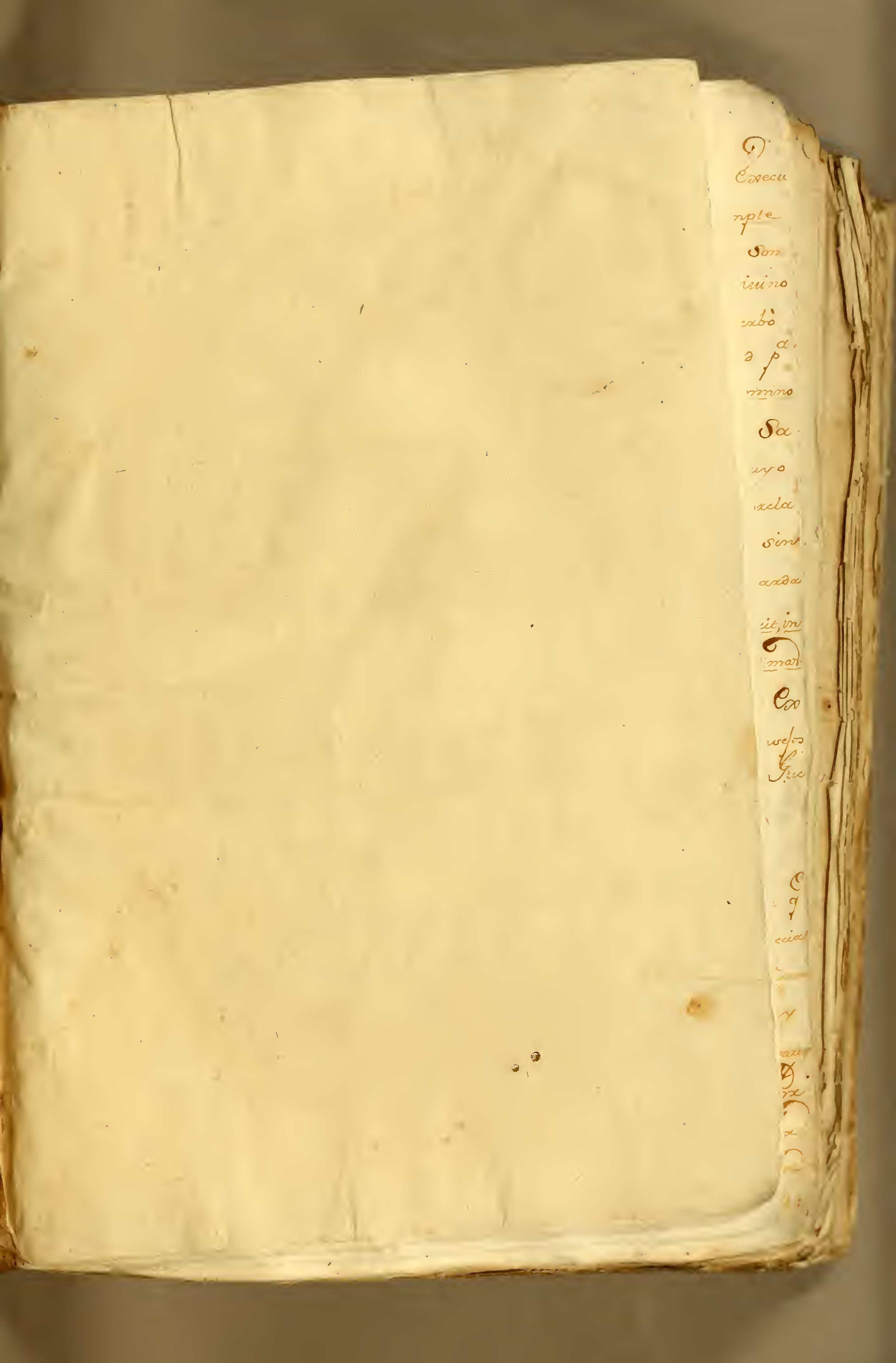




JOHN CARTER BROWN
LIBRARY
Purchased from the
Trust Fund of
Lathrop Colgate Harper
LITT. D.
The John Carter Brown Library
GIFT OF
Ronald Dwight
in memory of
Manuel Miró Quesada Larco





me expresa Vm. en la suya, elogia el mismo Autor, y sus parciales, por un efecto admirable de su fecundo ingenio, pues

Trabajando un Gusano su capullo,
La Araña, que texia á toda prisa,
De esta suerte le habló con falsa risa
Muy propia de su orgullo:
¿Que dice de mi téla el Seor Gusano?
Esta mañana la empecé temprano,
Y ya estará acabada á medio dia.
Mire que sutil es, mire que bella...
El Gusano con sorna respondia:
Usted tiene razon: ASI SALE ELLA 1.

Aprovéche Vm. el consejo, y mande á su afecto servidor, y Amigo

J. B. C.

---

1 *Yriarte, Fábula 2.*

✠

POR PARTE DE DON LORENZO JOſeph de Aparicio, dueño de la hazienda de Chancaillo, ſe ponen en cōſideracion de VS. los fundamentos de derecho, que le aſiſten en la cauſa del deſpojo de aguas que ſigue con Don Jacinto de Rojas, dueño de la hazienda de Jequan, para que ſe ſirba de confirmar el auto probeido por el Corregidor de la Villa de Chancai, y la diligencia hecha en ſu virtud, declarando no haverſe cometido deſpojo, y á mayor abundamento que las aguas pertenecen à la hazienda de Chancaillo, determinando ſu propriedad en el eſtado que oy tienen los autos.

ORDEN DE LOS HECHOS.

PARA PROCEDER CON CLARIDAD EN EL diſcurſo de eſte informe, ſe aſentaràn en ſupueſtos, todos aquellos hechos, que conſtan, ó por naturaleza de las coſſas, ò por inſtrumentos preſentados, ó por confeſsion del miſmo Don Jacinto; y en eſte aſumpto.

1 Supongo lo primero, que Chancaillo, y Jequan desde la Gentilidad donde tubieron eſtos nombres, no ſon haziendas ſino Valles; como ſe eſpreſſa, aſsi en los repartimientos, como en todas las actuaciones de los titulos; y ſiendo concerniente a la razon de Valles y poblaciones, (como las que haſta oy ſe reconoſen de los Indios) el derecho de agua publica, es conſiguiente, que antes de la Conquiſta la huhieſe en vno, y otro Valle: de que reſulta que confeſando Don Jacinto á fox. 45. que á Chancaillo no puede llegar otra a-

 gua

gua que la de eſtos puquios, fue ſin duda eſta, la que ſirbió en la antiguedad al publico vſſo de los Pueblos.

2 Suponeſe lo ſegundo, que en la poblacion de Chancai, las tierras del Valle de Chancaillo, ſe repartieron à ſeis pobladores, que lo fueron Juan de Abrego, con 40. fanegadas, Andres Lopes, con 40. fanegadas, Juan Cano, con 40. fanegadas, Gabriel de Sandoval, con 20. Garcia Alonzo, 40. fanegadas, Marcos Melendes, 40. que todas hazen 220. fanegadas: à que ſe agregan las que ſe le dieron á la Villa que conſtan de la compra que corre con los titulos en quaderno ſeparado, y muchas otras tierras, que ſe dejaron à los Indios de Chancaillo por la parte que confina con Jequan, como conſta del repartimiento que ſe hizo á Pedro Nuñez de Villaviſencio: en todas las quales tierras, deſpues los Viſitadores hallaron grandes aumentos, que parecen de las compoſiciones que corren en los titulos; de ſuerte que en eſte Valle al tiempo de la poblacion ſe impuſsieron ſiete haciendas, fuera de repartimientos de Indios.

Pero en el Valle de Jequan como pequeño y mas ceñido, no hubo mas repartimiento que 40. fanegas, que ſe dieron á Pedro Nuñez de Villaviſencio, autor de Don Pedro de Santillan, y otras 40. fanegas á otro individuo autor de Doña Maria de Renjifo que hazen 80. fanegas, en que el Vicitador Fray Domingo de Balderrama halló 82. fanegas, y eſtas 82. junta con otro pedazo de tierra, que oy ſe llama el potrero de la hazienda de Retes, hazen el Valle de
3 Jequan.

Supongo lo tercero que la dicha Doña Maria de Renjifo dueño de las 40 fanegas de Jequan, lo fue tambien de otras dos haziendas de las de Chancaillo, que corrian con el nombre de 80. fanegas por dos repartimientos de á 40. cada vno (que deſpues el Señor Viſitador Arriola les hallò 116. fanegas;) y que eſtas haziendas con la de Jequan fueſen de vn dueño, conſta por la menſura de Fray Domingo de Valderrama, inſerta aſsi en los titulos de Don Jacinto, como en los de Don Lorenzo, y por que aſsi lo confieſſa el miſmo Don Jacinto en ſu eſcrito de fox. 307: pero la dichá Doña Maria no neſecitando de las 40. fanegas de Jequan, para coſa alguna, las vendiò à Salvador Gonzales, Gallego en 2800. peſos à cenſo, de que hizo donacion al Combento de S. Auguſtin, y poſteriormente las comprò Don Pedro de Santillan, que fue en quien ſe conſolidaron ambos Jequanes. Y eſto

A miſmo

mismo sucedió posteriormente en Chancaillo donde los hacendados se fueron comprando vnos à otros, hasta que se vnieron todas las siete haziendas, y tierras, en Don Francisco de Leon, Tio Abuelo, y autor de Don Lorenzo.

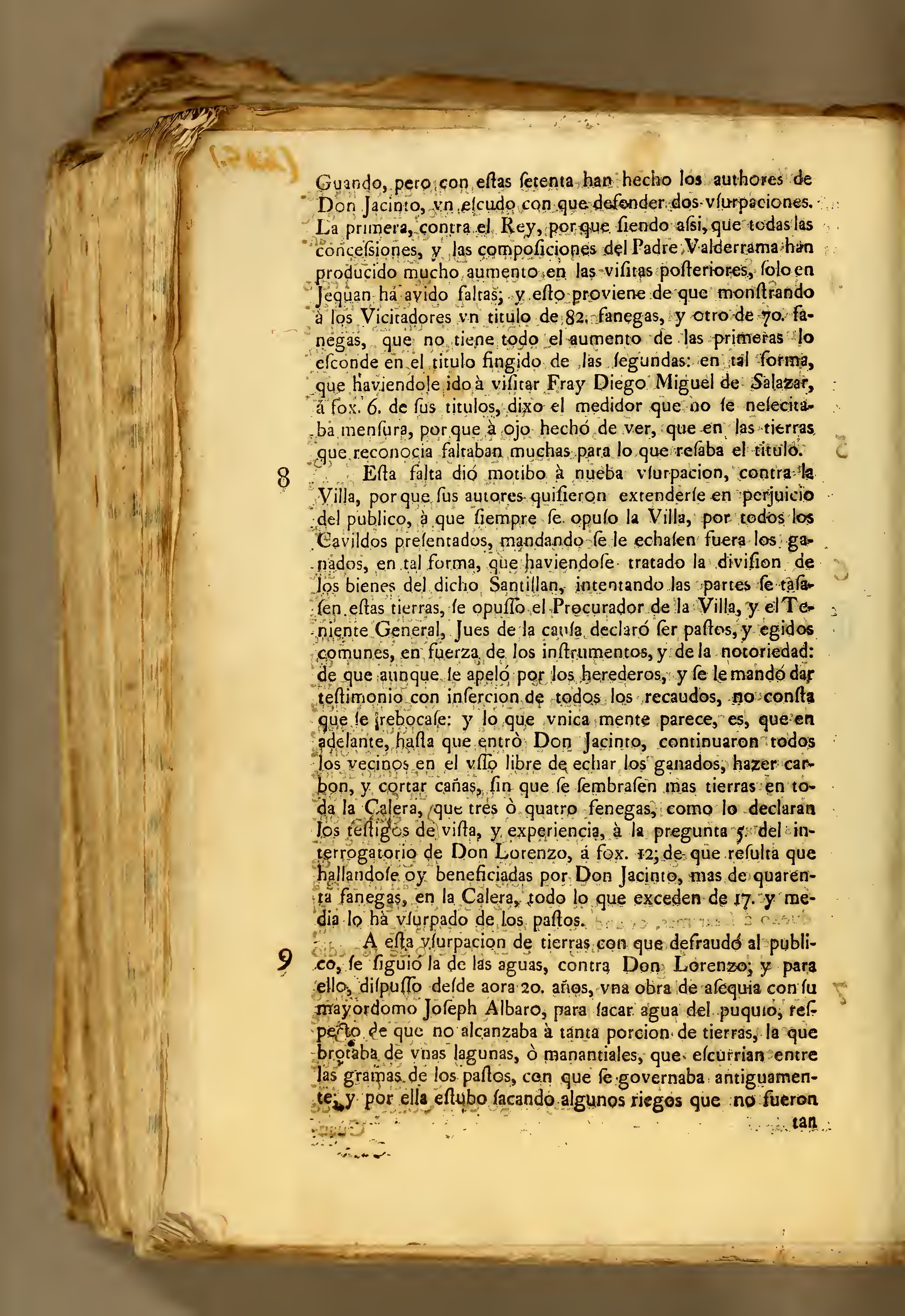
4 Suponese lo quarto, que en el Jequan de Don Pedro de Santillan, no ai mas de 22. fanegas y media de tierras como se dice en el repartimiento original, que son las mismas que con las 17. fanegas y media de la Calera hazen las 40. que se asignaron à Villavisencio: con que vnidas á las 40. del Jequan de los Renjifo las 22. y media del Jequan de Santillan, hazen 62. fanegas y media todos los dos Jequanes.

5 Suponese lo quinto, que por la banda de la Calera las tierras de sembrar, de D. Jacinto, lindan con los pastos comunes, y egidos de la Villa, que vienen siguiendo desde sus tierras entre el Poquio, y los Cerros, para Torreblanca: consta porque assi lo articula para probarlo, el mismo Don Jacinto, en su interrogatorio, de fox. 91. á la 10. pregunta.

6 Suponese lo sexto, que quando las haziendas del Valle de Chancaillo, se trabajaban todas por sus dueños se labraron tambien las de Jequan, pero en quanto á la Calera, nunca se trabajò mas que vn pedazo, hâsta los años de 635. como parece de la vista de ojos, inserta en la determinacion del Juez de aguas presentada con los titulos, en la qual se manda que quando sacase agua para regar, el poco de la Calera largue la que lleba en la tercera toma à las quatro de Jequan, y se ha de reparar, que la Calera se llamaba entonces con la denominacion de *Poco*, y de *Pedazo*, y siendo el todo de los dos Jequanes, 62. fanegas y media à que le dá el nombre de hazienda, es visto que este *Poco*, ó *Pedazo*, era entonçes vna cossa tan pequeña que no llegarian à sembrarse todas las 17. fanegas y media, repartidas en la Calera, y de aqui nacia, que el agua de este puquio pasaba quasi integra á Chancaillo, en tal forma que vna vez que se determinó el dueño á sacar mas, dejando á Chancaillo menos de la mitad, se presentaron judicialmente, y se les probeyo de remedio por el Juez de aguas.

7 Suponese lo septimo, que el Visitador Fray Domingo Valderrama, despachò titulo á Don Pedro de Santillan, de setenta fanegas, en el Valle de Guaral, distante de las situaciones de Jequan: y aunque por aora no nos consta que tierras sean estas, porque Santillan tubo en Guaral otras haziendas, de donde viene el mayorasgo de la Concepcion de

Guan-



Guando, pero con eſtas ſetenta han hecho los authores de Don Jacinto, vn eſcudo con que defender dos vſurpaciones. La primera, contra el Rey, porque ſiendo aſsi, que todas las conceſsiones, y las compoſiciones del Padre Valderrama han producido mucho aumento en las viſitas poſteriores, ſolo en Jequan há avido faltas; y eſto proviene de que monſtrando à los Vicitadores vn titulo de 82. fanegas, y otro de 70. fanegas, que no tiene todo el aumento de las primeras lo eſconde en el titulo fingido de las ſegundas: en tal forma, que haviendole ido à viſitar Fray Diego Miguel de Salazar, á fox. 6. de ſus titulos, dixo el medidor que no ſe neleſcitaba menſura, porque à ojo hechó de ver, que en las tierras que reconocia faltaban muchas para lo que reſaba el titulo.

8 Eſta falta dió motibo à nueba vſurpacion, contra la Villa, porque ſus autores quiſieron extenderſe en perjuicio del publico, à que ſiempre ſe opuſo la Villa, por todos los Cavildos preſentados, mandando ſe le echaſen fuera los ganados, en tal forma, que haviendoſe tratado la diviſion de los bienes del dicho Santillan, intentando las partes ſe taſaſen eſtas tierras, ſe opuſſo el Procurador de la Villa, y el Teniente General, Jues de la cauſa declaró ſer paſtos, y egidos comunes, en fuerza de los inſtrumentos, y de la notoriedad: de que aunque ſe apeló por los herederos, y ſe le mandó dar teſtimonio con inſercion de todos los recaudos, no conſta que ſe ſrebocaſe: y lo que vnica mente parece, es, que en adelante, haſta que entrò Don Jacinto, continuaron todos los vecinos en el vſſo libre de echar los ganados, hazer carbon, y cortar cañas, ſin que ſe ſembraſen mas tierras en toda la Calera, que tres ò quatro fenegas, como lo declaran los teſtigos de viſta, y experiencia, à la pregunta 5. del interrogatorio de Don Lorenzo, á fox. 12; de que reſulta que hallandoſe oy beneficiadas por Don Jacinto, mas de quarenta fanegas, en la Calera, todo lo que exceden de 17. y media lo hà vſurpado de los paſtos.

9 A eſta vſurpacion de tierras con que defraudó al publico, ſe ſiguió la de las aguas, contra Don Lorenzo; y para ello, diſpuſſo deſde aora 20. años, vna obra de aſequia con ſu mayordomo Joſeph Albaro, para ſacar agua del puquio, reſpecto de que no alcanzaba à tanta porcion de tierras, la que brotaba de vnas lagunas, ò manantiales, que eſcurrian entre las gramas de los paſtos, con que ſe governaba antiguamente, y por ella eſtubo ſacando algunos riegos que no fueron

tan

tan ſenſibles á Chancaillo, reſpecto de que ſiendo las ſementerasque ſe cogian en el todo de Jequan de quatro à ſinco mil fanegas, haſta el año de 736. como lo declara el miſmo Don Jacinto á fox. 45. al pedazo de la Calera le tocaba vna cortedad de ſementera, y por eſſo era poca el agua que ſe ſacaba de eſte Puquio, ni ſe pudo echar de ver la falta en la corriente de Chancaillo; pero entrando Don Jacinto por el año de 736. para ſembrar toda la hazienda deſde principio á fin, comenzó à champear el Puquio, con vna operacion, que conſtaba de de 150. champas, para lebantar el agua, y que entraſe toda por la boca de Joſeph Alvaro; y como la profundidad del Puquio no le faborecia, ſin embargo de que ſe llebavà conſiderable porcion, ſe vertiá ſobre las champas à la caja principal del Puquio, deſlizandoſe para Chancaillo, donde ſentià Don Lorenzo la eſcazes con grave deminucion de ſus ſementeras, ſin embargo de regar de noche, y dia, atribuyendolo à eſterilidad de los Puquios; en cuyo dictamen le confortaba Don Jacinto, diciendole, *amigo yo no ſe que tienen los Puquios, no dan agua*; y ſe lo creiá, porque jamas havia entrado à los Puquios, ni ſabià que huvieſſe parte por donde ſe la llebaſe Don Jacinto; pero el año de 741. llegó à tal el exceſſo que porque no ſe paſaſſe el agua que eſcapabá de las champas mudó la toma á ſitio opurtuno: donde pueſta ſu aſequia paralela al plano del Puquio con qualquier opueſto en medio de la caja, introduciá en ſu toma toda la corriente; y para ello la champeó de firme, conque ſiendo total la ſequedad, el miſmo peligro de la ſementera hizo examinar la cauſa; y paſando à ver el Puquio lo halló cerrado Don Lorenzo, ſin conocer lo que ſe havià hecho en quanto à la toma, porque antes, ni el, ni ſu mayordomo lo havian reconocido.

10 En eſtos terminos fue preciſſo vſar de los remedios judiciales de la reſtitucion contra el deſpojo cometido en el exceſsivo hecho de champear el Puquio; y para ello ſe preſentò en el Govierno Don Lorenzo, pidiendo viſta de ojos, y que concurriendo las partes con ſus titulos ſe puſieſe en poſeſsion à cada vna, de los riegos que tubieſe, y caſſo de no conſtar el repartimiento de agua, ſe procedieſe à repartirla à proporcion de las tierras, como ſe mandó por el decreto de fox. 6. Pero haviendo paſado à Chancai, juzgando ſe executarià à ſatisfacion de Don Jacinto, y ſin contienda, no tubo efecto, porque viniendoſe Don Jacinto á eſta Ciudad

(166.)

dad fue imposible la Citacion, y el riesgo de perder entro de mui pocos dias vna quantiosa sementera, obligó a Don Lorenzo à elegir el remedio sumarissimo, del despojo sobre el, qual se le recibió informacion del agua, que siempre havia bajado libre por el Puquio, y del atrabiesso con que se le havia dejado en seco: en cuya vista constando plenamente, el Corregidor en fuerza de la jurisdiccion propria, y ordinaria que recide en sus facultades, independente de la Incitatiba del Decreto, pronunciò el auto de fox. 26. por el qual declaró el despojo mandando se destapase el de la Calera, y se le pusiese en posesion del Puquio, y medio de agua, de que se le havia dado assi mesmo á Don Joseph de Aparicio su Padre, por la diligencia de fox. 323. de sus titulos; lo que se executó assi en fuerza de lo mandado á fox. 27.

11 Con estos meritos, interpusso apelacion Don Jacinto para esta Real Audiencia, donde deduxo la nulidad de lo actuado, por falta de citacion; y principalmente el despojo, porque se le quitò el agua, quando estaba en el acto de llebarsela; y vista en relacion se recibiò á prueba, que se dió por ambas partes, presentados los instrumentos y titulos: con que se halla conclusa sobre la confirmacion ò revocacion del auto, declaracion de los despojos mutuamente deducidos, y aun para la propriedad como se fundará en el discurso de este alegato.

PARTES DEL INFORME.

12 DOs son las acciones que deduce Don Jacinto en el progresso de la apelacion: la primera de nulidad; la segunda, de despojo: funda la nulidad en el defecto de Citacion en el examen de los testigos, y arguye excesso en el Corregidor, por haver procedido, sin esta solemnidad, quando se le previno á pedimento de Don Lorenzo en el Decreto de fox. 6. hiziesse la vista de ojos con citacion de las partes; pero el examen de esta nulidad oy es fuera de proposito; lo primero, porque por la ley 4. tit. 17. lib. 4. de la Recop. en las Reales Audiencias, no se oye, en quanto à las nulidades, si no es tratando juntamente la justicia de la caussa; y de este modo nunca se determina si estubo bien ó mal hecho, si no es lo que se debe hazer; y pues la Real Audiencia ha de determinar lo que debe ser conforme á los derechos de las partes, conduce mui poco, el que se huviese procedido con menos solemnidad.

Lo

13 Lo ſegundo, por que eſte defecto de citacion à convalecido con las ratificaciones que ſe hizieron en el termino de prueba, à que ſe recibió la cauſſa, en la inſtancia de eſta Real Audiencia, donde fuera de los primeros ſe recibieron tambien otros muchos teſtigos; con que ſe halla la materia en terminos de otro juicio totalmente diverſo del primero.

14 *Juan Bapt. Coſta. tract. de facti Scient. & ignor. diſtinc.* 1. *Centur.* 2. *n.* 12. hablando de las poſeſsiones en materia de aguas, diſtingue dos juicios, vno que es plenario poſeſſorio, y otro que es poſeſſorio ſumario; diſtinguele el vno del otro por dos capitulos; el primero, que en el ſumario, no ay citacion, ſi no la informacion deſnuda para hazer conſtar los dos eſtremos de el haver poſeido, y dejado de poſeer; el ſegundo, que en el ſumario, no ſe examina la juſticia ó injuſticia, pero en el plenario, ſe diſputa para examinar lo legitimo, y para eſto es neceſaria la citacion.

15 Supueſta eſta diverſidad de juicios, clara mente ſe conoce que oy eſtamos en el plenario poſeſſorio, que conſiſte en la prueba abierta, demonſtracion de titulos, y alegato de derechos, con que cada vno funda la juſticia de ſu cauſſa. Por el contrario ante el Corregidor, ſolo ſe ſiguiò el poſeſſorio ſumariſsimo, que ni pide citacion, ni otros recaudos, que la informacion ſumaria. Y eſte es el que debió ſeguir alli Don Lorenzo: por que no hallandoſe preſente Don Jacinto para que monſtraſe titulos, y comparecieſſe en las diligencias, inſtando los riegos por momentos, pena de perder vna ſementera que valià caudal conciderable, fue preciſſo vſar de eſte remedio; que ſi el derecho lo introdujo para algun genero de cauſas, no pudo ſer para otras, que para eſtas tan eſtrechas, y de tan imminente rieſgo; por que ſi ſe perdian los maizes en tanto que ſe citaba à Don Jacinto en eſta Ciudad, y le daba gana (que no le darià) de concurrir al termino de la ordenanza, y mas quando ſe auſentó con el titulo de enfermo, entre eſtas dilaciones perdidà la ſementera ſe havià acabado tambien la ocacion del pleito: y como quiera que en el Corregidor reſidà facultad ordinaria para conozer en ambos poſeſſorios, y la Incitatiba del Decreto no le priva de la juriſdiccion para el vno quando le exita para otro ſin diſtinguir de caſos, ſe haze demonſtrable, lo primero que el Corregidor procedió con juſto orden, y provido eſtilo, como lo pedià la naturaleza de la cauſſa en aquellas circunſtancias; lo ſegundo que ſiendo el plenario poſeſſorio el juicio de que

oy

oy se trata, que es diverso del sumario possessorio que determinó el Corregidor, nada de lo que se ponderase de exsesso ò nulidad en el referido auto es parte de lo que oy se trata, y de la determinacion que se espera: de tal modo que aunque entonces determinase mal, oy podria ser justo su contenido.

16 Y pues en este plenario possessorio el primer examen es la justicia de la caussa que consiste en los derechos de propriedad y dominio, que son los que titulan, y legitiman las posessiones, será la obra primera de monstrar que las aguas que bajan por los Puquios de la Calera y la Caña tocan á Don Lorenzo en las tres partes, que regulan el Puquio, y medio de que se le diò posession. En la segunda parte se demonstrara que las haziendas de Chancaillo han estado en posession de dichas aguas desde tiempo immemorial. Y en la tercera, que Don Jacinto de Rojas, no hà tenido posession, y que si alguna puede alegar es injusta, exsessiva, clandestina, y dolosa.

PUNTO I.

§ I.

17 DOn Lorenzo tiene propriedad por sus haziendas en las aguas de los Puquios.

FUNDAMENTOS.

18 LAs aguas por derecho son comunes segun la *lei 2. ff. de rerum divis. § & quidem inst. eodem*: y en nuestro derecho de Indias es expressa la lei 5. tit. 17. lib. 4. que es lo mismo que allá cantò el Poeta.

Quid prohibetis aquas? vsus comunis aquarum est:
nec Solem proprium natura, nec aera fecit,
nec tenues vndas, ad publica munera veni.

19 Pero aunque lo comun es exclusivo del dominio, con todo los Reyes por antigua costumbre en todas las naciones han incorporado en sus coronas las aguas como advierte, *Capiblanc. pragm. 8. parte 2. n.* 34. y de todos los Rios, vnos los conservan integros, como los nabegables, y los otros los reparten, ya para los vssos publicos, ya para los privados, en los cassos q̃ trata *Gobio lib. de aquis. quest.* 3. y como en estas regiones no aya Rios nabegables todas las aguas son de repartimiento al publico, y los privados: sobre que expressa la ley 9. *tit. 17. lib.* 4. de las Indias, donde tratandose de los repar-

partimientos de las tierras, manda tambien ſe haga de las aguas, con razon oportuna, porque tratandoſe de la poblacion de los lugares, y para ello convocar los habitadores, con el dominio de los fundos, no podiá hazerſe eſto de otra ſuerte, que con el beneficio de las aguas; reſpecto de que las tierras ſolas no pueden decirſe hazienda ni fundo, ſi no campaña, y pampa, en fraze de los Indios; y en eſto ſe diſtinguen las que ſe llaman haziendas, de la pampa Lancon, el deſpoblado de Zechûra, y otros ſemejantes, que eſtos lugares carecen de la agua que los otros tienen, y es tan conſtante, que todos los repartimientos de la poblacion ſe hizieron con las aguas, que por la ley 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *eſtá prohibido hazer poblaciones donde no aya muchas y buenas aguas para beber, y regar, frutos y mantenimientos, y tierras apropoſito para ſembrar, y coger:* de que reſulta que ſiendo vno de los requiſitos para la poblacion, y repartimiento de tierras, lo fructifero de ellas, que conſiſte en las aguas, como lo ſupone la miſma ley, no puede haver repartimiento de tierras, ſin que ſe entienda juntamente la conceſsion de las aguas.

20 Y eſto es tan cierto que la carencia de aguas es lo que conſtituye deſpoblados, en tal forma que el deſminuir las âguas es deſtruir los pueblos, y auyenrar los moradores como lo ſupone el Señor *Lagunez* 1. *par. cap.* 5. *a n.* 5. y eſto fue lo que figuraba entre los Romanos la Intendiccion de âgua y fuego, para obligar a los delinquentes à tranſportarſe de ſus confines, como que no pudieſen habitar con la negacion de eſte elemento; y ſiendo la poblacion vn acto contradictorio al deſtierro, era preciſſo atraher con el agua á los que ſin ella eran remobidos.

21 En eſtos terminos es conſtante que todas las tierras de Chancaillo fueron de repartimiento en la poblacion, donde ſe formaron ſiete haziendas, fuera de las tierras de Indios, que conſtan de los titulos, y de que ſe hizo memoria en el n. 2. de eſte Informe; y confeſando Don Jacinto, que al Valle de Chancaillo no es poſible otra agua que la de eſtos Puquios, como queda convencido en el ſupueſto del n. 1. tenemos demonſtrado, que eſta agua es la que con las tierras ſe repartiò en el cumulo de las ſiete haziendas, que componen el Valle, hazienda oy de Don Lorenzo.

22 Si es licito, el tomar las aguas deſde arriba para monſtrar ſu naturaleza, recurriendo à la Gentilidad, hallaremos mas claro eſte derecho; porque como llebamos advertido en

el n. 1. Chancaillo, fue Valle y poblacion de Indios, cuyos vestigios hasta aora se reconocen en los Sepulcros, y numerossas Huacas, fabricas de su habitacion; y à la razon de Valle, y Poblado, es tan nesessaria el agua, como lo es la tierra, y el ayre; siendo estos tres elementos, los que deseaba el Troyano en pluma del Poeta para fundar la Ciudad, termino de su peregrinacion.

Diluvio ex illo tot. vasta per æquor vecti
Diis sedem exiguam patriis, litusque rogamus
Innocuum, & cunctis undam auram que patentem.

23 De aqui se infine, que pues confiessa Don Jacinto que á este Valle no llega, ni puede llegar otra agua, fue la de los Puquios la que sirbio al vso de esta poblacion. Y esto lo demuestra la misma fabrica del Puquio, y su desmedida profundidad, que en tres leguas de longitud, que tendràn ambos Puquios, desde su nacimiento hasta el mar, se hallan cabados en tres y quatro baras de profundo; cuya operacion exede à las fuerzas de los hazendados, y solo pudo ser accesible á la multitud de los Indios; y por esso en las mensuras que se hizieron desde el repartimiento se pusieron los Puquios por linderos. Ni es menester discurssos para persuadirlo quando por naturaleza se demuestra, que el agua que pasaba á los Indios de estos Puquios, havia de ir por su cause, y no se reconoce otro que el que oy tienen.

24 Esta antiguedad, en la aplicacion de las aguas, que exede al dominio de los Españoles, por si sola bastaba à constituir vn plenissimo derecho en las tierras de Chancaillo, para las aguas que descienden, con las doctrinas de *Fran. Marc. Cepolla. Bald.* y otros que cita y sigue *Capycio Latr, consult.* 8. *á n.* 5. *Antuez de Donat. Lib.* 3. *Cap.* 4. *n.* 22. *Lagunez. Part.* 1, *Cap.* 5. *n.* 42. quienes enseñan que no se ha de receder en materia de aguas de la costumbre de la antiguedad; pero mas á nuestro intento la *ley* 9. *tit.* 17. *Lib.* 4. *de las de Indias donde se manda: que la misma orden que los Indios tubieron en las aguas se practique entre los Españoles, en quienes estuvieron repartidas las tierras, y que se señale á cada vno el agua que debe llebar succesivamente le vno en otro, pena de que al que quisiere preferir, y la ocupare por su propria authoridad le sea quitada, hasta que todos los inferiores á el, rieguen todas las tierras, que tubieren señaladas.*

25 De que se infieren quatro colequencias. La primera, que la agua que tubieron los Indios, essa misma tienen oy los ha-

hazendados, y ſiendo eſta (porque no ay otra) la que tubieron los Indios aſsi para ſu poblacion, como para el beneficio de ſus tierras, es viſto que el miſmo derecho hà paſſado á Don Lorenzo por el cumulo de los repartimientos de tierras, que ſe han conſolidado en ſu perſona. La ſegunda, que eſta agua ò eſtá repartida, ó mandada repartir à proporcion de las tierras; que es lo que perteneze á la menſura del Puquio y medio, de que ſe dirà deſpues. La tercera, que aqui las tierras ſon repartidas con la ſervidumbre de Aqueducto, que eſto es regar, vnos en pos de otros. La quarta, que en eſte derecho de aguas, quando ſe prohibe que ninguno quiera preferir, ningun hazendado es primero que otro, porque todos eſtan en vn miſmo lugar de derecho, aunque ſe coloquen en inferior de ſituacion,

26 Eſte modo de repartirſe las aguas, no ſolo fue debido à Chancaillo, ſino practicado; porque Doña Ana Manuela de Torres, ſucceſſora de Dona Maria de Renjifo, y por eſſo dueño de vn tercio de Chancaillo, ſegun lo ſupueſto al n. 3. arrendaba ſus ochenta fanegas, en 2U. peſos como parece de las eſcripturas de locacion preſentadas con los autos; donde ſe dice, que ſe arrienda con la mitad del agua del Puquio: y eſte no puede ſer otro, que el Puquio que llaman del Potrero de Retes, ó de la Caña; porque eſta hazienda ſe arrendaba con ſu Molino, que eſtà à la viſta, pueſto en tan alta ſituacion que ſolo podià conducir el agua por los Cerros de Jequan, reſpecto de la profundidad con que corre el Puquio de la Calera; y conociendo Don Jacinto, que las aguas que bajan vnidas para Chancaillo no ſon las que pueden ſervir à eſte Molino, recurre a dos extremos; el primero, que el Molino, es imajinado: el ſegundo, que eſtos arrendamientos, ſe harián quando las quarenta fanegas de Jequan, eſtaban en el dominio de la Renjifo, que ſiendo dueño del vn Chancaillo, y del vn Jequan, no era mucho que arrendaſe con la mitad del Puquio; pero vno y otro recurſſo claudica; porque el que ſea imaginado el molino, es vn modo de decir ſin negar, aunque ſuene à negacion, ſolo porque no quiera confeſarlo; pero Don Lorenzo que ſiempre camina firme en ſus hechos, pone pendiente el derecho del agua de la exiſtencia del Molino, para que ſi no lo huvieſe ſe le prive de toda el agua; y ſi los molinos ſegun la doctrina de *Gobio Queſt.* 14. *n.* 3. ſon prueba del derecho de agua, ofrece Don Lorenzo en eſte vn titulo de cal y canto para el de-

derecho de la que correſponde à eſta parte de ſu hazienda.

27 Menos embaraza el ſegundo, de que eſte arrendamiento fue quando Chancaillo y Jequan eſtaban en vn dueño: por que Doña Ana Manuela de Torres fue ſuceſora de la Renjifo, que hizo la ſeparacion vendiendo à Salvador Gonzales Gallego, por el año de 604. à fox. 58. de los titulos de Don Jacinto: y las eſcripturas de arrendamiento fueron por los años de 662. y 663. ſeſenta años deſpues de enagenado el Jequan de la Renjifo. Pero aunque eſte eſugio es deſconcertado, ſirbe para que infiera Don Lorenzo, por vna tacita confecion de Don Jacinto, que eſta hazienda alta de Chancaillo, traiá ſu agua, ſacandola del Puquio por las tierras altas de Jequan; por que ſi aſsi no fueſe, no neceſitarià Don Jacinto recurrir à eſte Anacroniſmo, quando le baſtaba decir, que la mitad del Puquio ſe entendia de eſtas aguas que decienden à Chancaillo por el paſſo de Matavaca, donde recaen todas las aguas de los Puquios.

28 Eſtos antiquiſsimos arrendamientos, con expreſsion de eſtas aguas (de cuyo thenor pudiera preſentar otros muchos Don Lorenzo) ſon argumentos eficaicſsimos de ſu propriedad, ſegun *Falconerio, en el tom.* 3. *de ſus modernas Deciſſ. tit.* 35. *Dec.* 2. *n.* 12. *citando à las Recentorias Deciſſ.* 300. *n.* 20. *Part.* 9.

29 Pero para que ſe neceſita de combenzer el derecho de aguas, por pruebas preſumptibas, ni congruencias de derecho, quando tenemos la confeſsion de Don Jacinto, en la taſacion de Chancaillo, Taſador nombrado à la fox. 278. de los titulos de Don Lorenzo, donde dize, que aprecia las tierras con los derechos de agua, y demas vertientes en 25ꝧ. peſos. Y no debe entenderſe, que apreciaba la que no tenia; y mucho menos la que era ſuya propria, quando concurrià á vna taſacion con que ſe preparaba la venta de eſta hazienda, y de ſus aguas. Si Don Jacinto pretendieſe alguna porcion exeſſiba de riegos, dejando á Chancaillo alguna parte, aunque corta, baſtara eſto para ſalbar eſſos derechos de agua, que tiene apreciados con las tierras: pero ſi ſu intento es, que todas las aguas ſon ſuyas y que à Chancaillo no baja gota por derecho, ſi no la que le quieren dar de condeſendencia, quales ſon los derechos de agua que tubo preſſentes para la taſſacion; pues ſabià deſde entonzes, y tiene confeſado aora que no puede regar con otra agua, que con la de eſtos Puquios.

30 La dificultad, le obliga á emprender vn ridiculo eſugio,

y

(450)

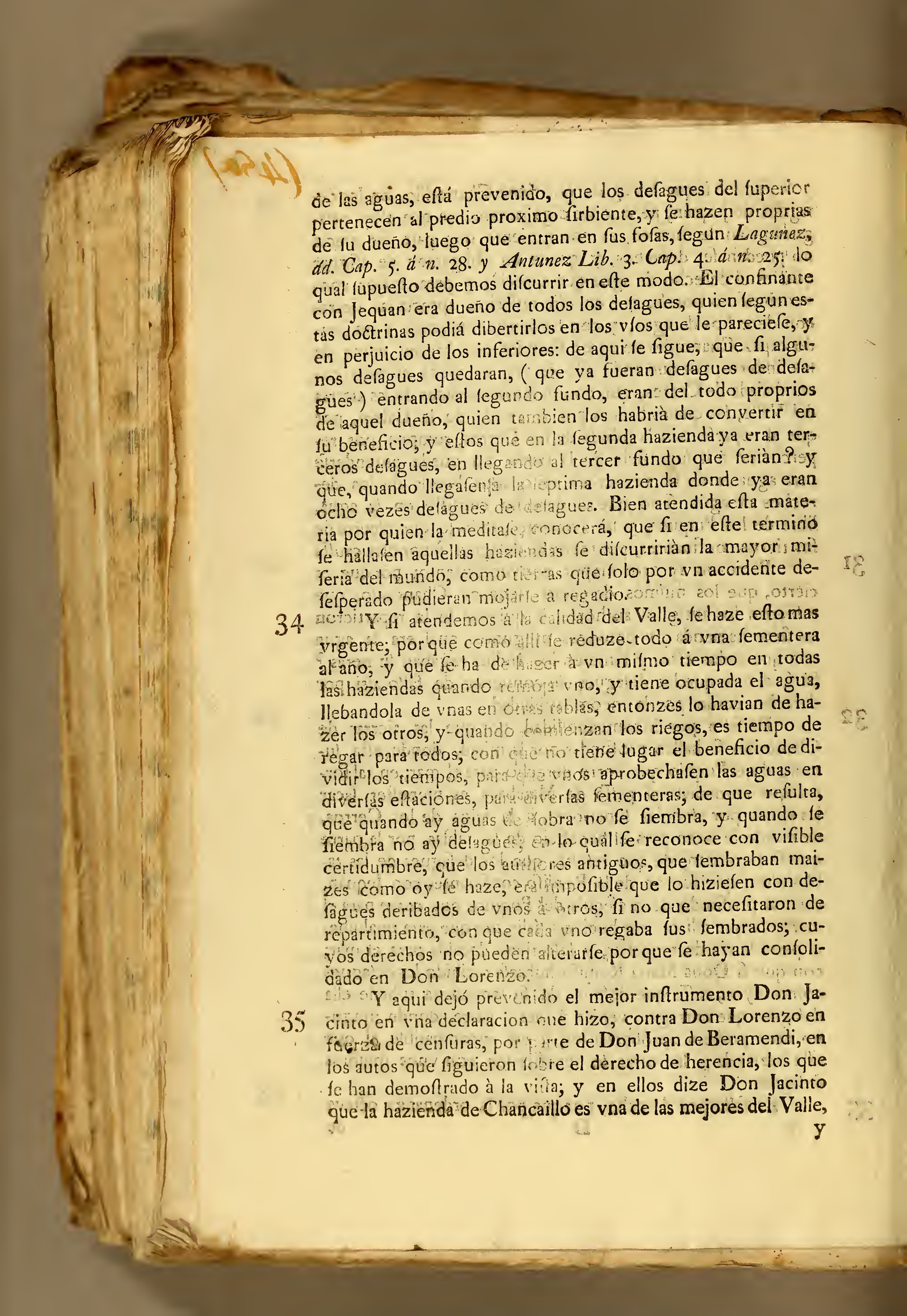
y se reduce à que las aguas que tiene Chancaillo, son los desagues de Jequan; pero como diga juntamente que estos desagues pasan de merced, es consiguiente que para ser gracia no puedan ser derechos; y queda en obligacion de asignar qual es el derecho de agua que apreciò; y para mejor convencimiento notese, que en esta tassacion aprecia las tierras con derechos de agua, y con las demas vertientes, y no siendo capaz Chancaillo de otros Puquios que broten entro de sus linderos, por que todo ello es vna campaña arenosa circumbalada de Cerros, que cortan las humedades de las tierras del Valle, las quales brotan por la vanda de la Calera, por que al toparse con la subida de los Cerros, rompen por repercucion á la superficie de la tierra, no puede entenderse otra agua la de las vertientes, en quanto diversa de los derechos de agua, si no que el derecho consiste en la agua, libre de los Puquios, y las vertientes, todo lo que escurre de sus tierras confinantes, por razon de desagues, ò por otra caussa

31 Pero aun ay otro mayor convencimiento; por que es cierto, que los mismos derechos tiene oy Chancaillo, que tubieron los antiguos authores, à quienes se le repartieron las siete haziendas; y entonces pregunto: qual era la agua con que todos estos y tambien los Indios regaban su tieras? Si se dixere que los desagues, se convence de falso assi por derecho como por la incompatibilidad.

32 Es falso por incompatibilidad, por que las tierras de Chancaillo se hallan profundas por la mitad, donde està sumergido el Puquio que corre derecho para el mar; en tal forma que immediato al passo de Matabaca, es menester sacar las aguas por asequias superiores, à la falda de los Cerros, de donde se sacan para el beneficio de las tablas, por la parte que se necesitan; de que resulta, que los desagues de las tablas altas, que fueron de la Renjifo confinantes con Jequan, caen al profundo de la asequia del Puquio, que corre para el mar, y la que alli cae no buelve à salir, por que para qualquiera parte havià de repechar, y solo tiene decaida para el mar; con que si Doña Maria Renjifo hubiese recibido los desagues como suyos, casso que despues de su sementera tubiese ella desagues que entregar; venian á caer à parte, donde ninguno otro pudiera aprobecharlos; y era incompatible al que esta hazienda y las otras se beneficiasen con vnos mesmos desagues.

33 Es falso por derecho, por que por la ordenanza octava

D de



de las aguas, eſtá prevenido, que los deſagues del ſuperior pertenecen al predio proximo ſirbiente, y ſe hazen proprias de ſu dueño, luego que entran en ſus foſas, ſegun *Lagunez, dd. Cap. 5. à n. 28. y Antunez Lib. 3. Cap. 4. à n. 25.* lo qual ſupueſto debemos diſcurrir en eſte modo. El confinante con Jequan era dueño de todos los deſagues, quien ſegun eſtas doctrinas podiá dibertirlos en los vſos que le pareciеſe, y en perjuicio de los inferiores: de aqui ſe ſigue, que ſi algunos deſagues quedaran, (que ya fueran deſagues de deſagues) entrando al ſegundo fundo, eran del todo proprios de aquel dueño, quien tambien los habrià de convertir en ſu beneficio; y eſtos que en la ſegunda hazienda ya eran terceros deſagues, en llegando al tercer fundo que ſeriàn? y que, quando llegaſen à la ſeptima hazienda donde ya eran ocho vezes deſagues de deſagues. Bien atendida eſta materia por quien la meditaſe, conocerá, que ſi en eſte termino ſe hallaſen aquellas haziendas ſe diſcurririàn la mayor miſeria del mundo, como tierras que ſolo por vn accidente deſeſperado pudieran mojarſe à regadio.

34 Y ſi atendemos à la calidad del Valle, ſe haze eſto mas vrgente; porque como allí ſe reduze todo á vna ſementera al año, y que ſe ha de hazer à vn miſmo tiempo en todas las haziendas quando remoja vno, y tiene ocupada el agua, llebandola de vnas en otras tablas, entonzes lo havian de hazer los otros, y quando comienzan los riegos, es tiempo de regar para todos; con que no tiene lugar el beneficio de dividir los tiempos, para que vnos aprobechaſen las aguas en diverſas eſtaciones, para diverſas ſementeras; de que reſulta, que quando ay aguas de ſobra no ſe ſiembra, y quando ſe ſiembra no ay deſagues, en lo qual ſe reconoce con viſible certidumbre, que los authores antiguos, que ſembraban maizes como oy ſe haze, era impoſible que lo hizieſen con deſagues deribados de vnos à otros, ſi no que neceſitaron de repartimiento, con que cada vno regaba ſus ſembrados; cuyos derechos no pueden alterarſe por que ſe hayan conſolidado en Don Lorenzo.

Y aqui dejó prevenido el mejor inſtrumento Don Ja-
35 cinto en vna declaracion que hizo, contra Don Lorenzo en fuerza de cenſuras, por parte de Don Juan de Beramendi, en los autos que ſiguieron ſobre el derecho de herencia, los que ſe han demoſtrado à la viſta; y en ellos dize Don Jacinto que la hazienda de Chancaillo es vna de las mejores del Valle,

y que aunque no hizo juicio de sus tierras, quando las tassó por estar sembradas, tenia entendido que valià mucho por la situacion, la independencia, y lo abundante de agua; y esto no lo puede referir à los desagues, ni à las condesendencias; por que estas pueden suspenderse, y aquellos dibertirse; y siendo sierto que la gracia del vecino no da valor al fundo confinante, sino que este vale por si, y por lo que tiene de derechos, se haze evidente que la abundancia de agua que entonzes declarò Don Jacinto con aquella libertad que funda el no tener interes proprio, se refiere á la que le toca por repartimiento, y que ha gozado por costumbre.

36 Los desagues, son las migajas que se caen de las tablas, quando se riegan, y estas nunca pueden ser tales que hagan abundante de agua á otro fundo igual; de que resulta, que si el inferior es tres ò quatro vezes mayor (como lo es el de Don Lorenzo, respecto del de Jequan) será escazissimo, si no tiene mas agua, que esas migajas aun quando siempre las hubiesse, por que lo frequente es que se lleban los desagues de vnas tablas en otras comenzando por las superiores, en las quales entra el riego de primera intencion, y las vltimas participan los desagues: con la reflecion de que en las mismas tierras de vna hazienda, quando se riega vna tabla, y se quieren aprobechar los desagues en la siguiente, es menester ayudarlo con vna punta de agua, para darle aquel golpe que constituye riego, por que lo demas era mojar las tierras, y mancharlas; y si esto sucede de vnas suertes á otras, entro de la misma hazienda, que será para el beneficio integro de vn fundo donde no ay otras puntas de agua, y esta que es la vnica, la quiere por entero Don Jacinto.

37 Quien dudarà que si assi fuese, serià Chancaillo la hazienda mas esteril, y que la extencion de sus tierras solo serbirià de aumentar sus sequedades; en todo el cumulo de haziendas no ay alguna tan infeliz que no tenga su asignacion de agua sobre los desagues del vecino, y con todo esso, muchissimas de ellas son esteriles; y es la razon, por que las suertes de tierras no son vasos donde se hecha à medida el agua que han de beber, si no vnas tablas que constan de natural declinacion, donde es precisso, que la agua que llegò al axtremo corra para abajo; de que resulta, que ninguna Chacra adelanta otra cossa con los desagues que recibe, si no sacar libre su repartimiento de agua; pues haviendo de soltar para abajo en desagues proprios lo mismo que le entra por arri-

(154)

arriba en los agenos, se vienen á compensar los vnos con los otros; y lo que queda en el fundo es el agua de repartimiento; con la refleccion de que quien mas siembra mas riega; y quien mas riega mas desagua; con que haviendose de sembrar mucho en Chancaillo, es menester mucha agua, para los desagues que se an de vertir al mar por falta de predio subsequente: de que se infiere concluyentemente que los desagues ò no los ay, ó no pueden aprovecharse mientras no se asigna agua propria para la labor del fundo.

§ 2.

38 DON Lorenzo tiene en estos Puquios las tres partes de la agua, que reguladas al todo hazen Puquio y medio.

FUNDAMENTOS.

39 DEL mismo modo que se reparten las tierras se mandan repartir las aguas por la ley 11. *tit.* 7. *Lib.* 4. *de las de Indias*, sin embargo de que vnos sean predios superiores, por que para esto les impone servidumbre segun llebamos asentado en el n. 25. El modo de repartirse las aguas es materia de que trataron *Bondeno docum.* 40. *n.* 2. *Pecchio de aquis quest.* 18. *n.* 5. *Antunez Lib.* 3. *Cap.* 4. *n.* 32. *Cardenal de Luca discur.* 34. *de emptione n.* 17. *Gobio de aquis quest.* 4. *n.* 14. Con todos los que cita y recoje M. *Antonio Sabel* § *aqua n.* 5. y en estos es constante doctrina que el repartimiento de las aguas se debe hazer no por la nesecidad si no por la mayor, ó menor cantidad de las tierras; de suerte que hecho computo de lo que ay en el cumulo de las aguas, y el conjunto de las tierras, se forma prorrata en la divisSion. Asi se practica en todas las naciones, y en las Indias, no se varia este vsso, por que el S. *Solorzano Lib.* 6. *Pol. Cap.* 12. *in fine*, moviendo la question de como se han de partir las aguas en las Indias, se remite á dos lugares de *Cepola trac.* 2. *Cap.* 4. *n.* 13. *y Valenzuela, Velazques Concilio* 7. *y* 100. los quales authores convienen en que la divission se haga conforme á la cantidad de las tierras.

40 Y en estos terminos no necesitamos examinar otra cosa si no inculcar en los titulos quanto exede el fundo de Chancaillo al de Jequan. Las tierras de Chancaillo son 220. fanegadas, por el repartimiento de la fundacion entre los seis pobladores, de que se hizo memoria con relacion à los titulos

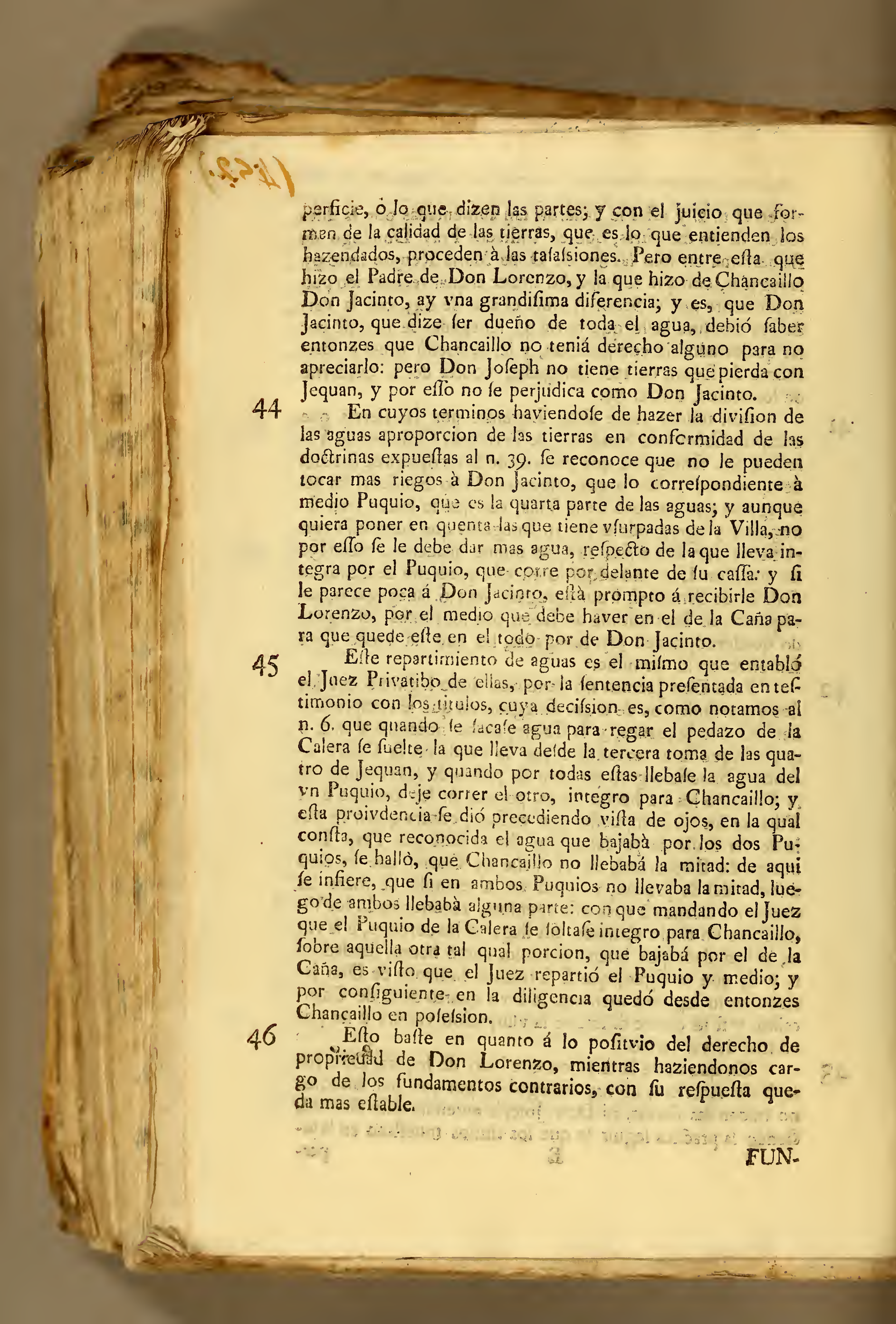
los en el n. 2. y eſtas ſe hallaron tan aumentadas por la diferencia de las menſuras, que el Viſitador Fray Domingo de Balderrama en ſolo las 80. de Doña Maria Renjifo halló 93. fanegadas, con que le deſpachò titulo: el qual reconocido poſteriormente por el Señor Arriola el año de 643. con la verdadera menſura hallò que haviá 43. fanegadas de exceſſo por las quales admitió compoſicion, y le deſpachò titulo à Barthome de Leon, de 136. fanegadas; conſta del 2. quaderno de los titulos, á fox. 89.

41 Aſsi miſmo tiene Don Lorenzo por las tierras que compró Gabriel de Sandoval, de Fernando Ordoñez de Valencia, 80. fanegadas, que parecen de la eſcriptura de fox.118. del quaderno 1. En la qual hipoteca dicho Sandobal las 20. fanegadas que comprò de la Villa, con que ſe hazen cien fanegadas, y agregandole las 91. fanegadas que compuſſo con el Señor *Arriola á fox.* 147. del miſmo quaderno, hazen 191 las que Don Lorenzo adquirió en eſte quaderno de titulos de Gabriel de Sandobal; à que agregadas las 136. fanegagadas,que adquirió por Bartholome de Leon con los titulos del ſegundo quaderno, hazen 327. fanegadas, las que há vnido Don Lorenzo en ſu dominio.

42 Pero Don Jacinto no tiene mas titulo legitimo que los dos repartimientos de á 40. fanegadas en que ſe comprehenden los dos Jequanes, y la Calera, como notamos al n. 2. y 4: y aunque ſe hà extendido por la vanda de la Calera ſacando á beneficio gran porcion de paſtos de los comunes de la Villa, no los há hecho ſuyos, por que ni los compró á la Villa, ni los hà compueſto con el Rey; contra quien ſe vale de vn titulo de 70. fanegadas deſpachado por Fray Domingo de Balderrama, en el Valle de Guaral, que es otro diſtante del de Jequan; y como en el cumulo de todas las tierras no alcanza à toda eſta menſura, reconociendo los Viſitadores vn titulo abultado, ſin llegar à los cordeles, à la viſta, le han dado por bueno el titulo, como hemos fundado al n. 7. de que ſe ſigue, que ſi ſe toma la hazienda de Don Jacinto en ſu legitima menſura, ſerà vn quarto de la de Chancaillo, y ſi ſe quiere diſimular la vſurpacion vendrá à ſer poco mas de vn tercio.

43 Sin que obſte la taſaſsion que hizo de Jequan Don Joſeph de Aparicio, de 147. fanegadas; por que los taſadores no miden las tierras, ni Don Joſeph entendiá eſta facultad, ſiendo la practica ſeguir lo que los titulos mueſtran en la ſu-

E per-



perficie, ò lo que dizen las partes; y con el juicio que formen de la calidad de las tierras, que es lo que entienden los hazendados, proceden à las taſaſsiones. Pero entre eſta que hizo el Padre de Don Lorenzo, y la que hizo de Chancaillo Don Jacinto, ay vna grandiſima diferencia; y es, que Don Jacinto, que dize ſer dueño de toda el agua, debió ſaber entonzes que Chancaillo no teniá derecho alguno para no apreciarlo: pero Don Joſeph no tiene tierras que pierda con Jequan, y por eſſo no ſe perjudica como Don Jacinto.

44 En cuyos terminos haviendoſe de hazer la diviſion de las aguas aproporcion de las tierras en conformidad de las doctrinas expueſtas al n. 39. ſe reconoce que no le pueden tocar mas riegos à Don Jacinto, que lo correſpondiente à medio Puquio, que es la quarta parte de las aguas; y aunque quiera poner en quenta las que tiene vſurpadas de la Villa, no por eſſo ſe le debe dar mas agua, reſpecto de la que lleva integra por el Puquio, que corre por delante de ſu caſſa: y ſi le parece poca á Don Jacinto, eſtà prompto á recibirle Don Lorenzo, por el medio que debe haver en el de la Caña para que quede eſte en el todo por de Don Jacinto.

45 Eſte repartimiento de aguas es el miſmo que entabló el Juez Privatibo de ellas, por la ſentencia preſentada en teſtimonio con los titulos, cuya deciſsion es, como notamos al n. 6. que quando ſe ſacaſe agua para regar el pedazo de la Calera ſe ſuelte la que lleva deſde la tercera toma de las quatro de Jequan, y quando por todas eſtas llebaſe la agua del vn Puquio, deje correr el otro, integro para Chancaillo; y eſta proivdencia ſe dió precediendo viſta de ojos, en la qual conſta, que reconocida el agua que bajabà por los dos Puquios, ſe hallò, que Chancaillo no llebabá la mitad: de aqui ſe infiere, que ſi en ambos Puquios no llevaba la mitad, luego de ambos llebabà alguna parte: conque mandando el Juez que el Puquio de la Calera ſe ſoltaſe integro para Chancaillo, ſobre aquella otra tal qual porcion, que bajabá por el de la Caña, es viſto que el Juez repartió el Puquio y medio; y por conſiguiente en la diligencia quedó desde entonzes Chancaillo en poſeſsion.

46 Eſto baſte en quanto á lo poſitvio del derecho de propriedad de Don Lorenzo, mientras haziendonos cargo de los fundamentos contrarios, con ſu reſpueſta queda mas eſtable.

FUN-

FUNDAMENTO DE LA propriedad de Don Jacinto.

47 PAra fundar Don Jacinto el desmedido intento de llebarse todas las aguas çerrando el curso de los Puquios para entrarlos en sus tierras, alega la propriedad de origen, que consiste, en que vno y otro Puquio nacen en sus tierras. por lo que le tocan como frutos y esto lo quiere persuadir por tres Capitulos: El primero por que entiende que asi lo confiesa expresamente Don Lorenzo en su escrito de fox. 67. El segundo por que assi lo declaran sus testigos á la quinta pregunta de su interrogatorio: Y el tercero por que el Puquio en las mensuras de Don Pedro de Santillan, se pone por lindero de las tierras de Jequan à fox. 4. de sus titulos.

48 Y baxo de este supuesto, quiere valerse de las Generales Doctrinas, que enseñan ser privadas las aguas que nacen en el fundo privado, y sujetas como accessiones suyas al mismo Dominio: de que tratan *Gobio quest.* 3. *n.* 5. *Sabeli* § *aqua à n.* 2. *Mascardo Concl.* 123. *n.* 1. *Laguñez Cap.* 5. *á n.* 21. *Antuez Lib.* 3. *Cap.* 4. *Cardinal de Luca de servit. discur.* 25. 27. 31. y otros muchissimos con la ley *Presec.* 6. *Cod. de Servit.* por que no ay alguno que trate la materia de aguas, que no traslade esta Doctrina; y con ella como indubitada pondera Don Jacinto vn indubitado derecho á la propriedad de estas Aguas sin hazerse cargo cerca de su verdadera inteligencia, y de su aplicacion: como se harà patente en los siguientes Discursos, con que se destruye este fundamento.

SATISFACCION AL FUNdamento contrario.

§ 1.

49 LAs aguas de estos Puquios no son de naturaleza privada aunque nacieran en los fundos de Don Jacinto.

50 *Antonio Gobio*, celebre Author de la materia en la *quest.* 3. despues que al n. 5. hubo enseñado copiosamente que las aguas son del privado en cuyo fundo nacen, limita la doctrina en el n. 6. quando el curso es perene, por que entonces se hazen publicas, por naturaleza, y no se atiende al orijen: y por esso en la *quest.* 5. *n.* 1. preguntando porque

cossas

coſſas ſe conſtituyan los Rios publicos, á diſtincion de los privados, dize: *primo aperennitate vt quia continuo fluat, & hoc verum eſt etiam ſi originem habeat à loco privato, quia in eſſe publici formaliter conſtituitur per ſolam perennitatem.*

51 Eſta Doctrina, no es ceñida á ſolos los Rios; por que ſuponiendo los AA. que vn fundo privado no puede ſer orijen de aquellos grandes Rios, como el de la Plata, el Marañon, y otros ſemejantes, cuyo orgien ſon los Montes de Niebe, y no las fanegadas de tierra, paſſan à examinar que cantidad de agua ſea neceſſaria para que los rivulos dejen de ſer privados; tratan el punto el miſmo *Gobio queſt.* 5. *al n.* 5. donde aſsienta con los AA. que alli recoje, que nada importa el que ſea grande, ò mui pequeño, con tal que ſea perenne. *Cancerio pat.* 3. *Cap.* 4. *á n.* 234. pregunta la miſma queſtion y refiere dos opiniones: La primera, es de todos; que ſi el manantial ſea copioſo, la agua es publica, aunque brote en tierra del privado: La ſegunda, es de algunos, que dijeron ſer privada quando brota eſcaſa, y ſon eſtos, *Bartholo Tiberio*, y puede añadirſe, *Novario Grabam.* 68. *n.* 8. Pero en el n. 237. reduze à concordia ambas opiniones, y dize aſsi: *in perennitate aquæ attendatur an illa aqua ſit ita perennis vt publicæ prodeſſe ſecumdum ſuum naturalem fluxum poſsit an non: primo caſſu cenſcatur publica ſecundo vero privata:* y el miſmo *Gobio vbi ſupra à n.* 4. deſpues de haber aſentado que la perennidad por ſi ſola haze derecho publico, no ſolo en los Rios ó rivulos, ſino en los lagos ò foſas, (que ſon Puquios hechos á mano,) cuyas palabras ſon, *Lacus palus vel foſſa ratione ſolius perennitatis publici juris eſſe dicuntur*, concluye al n. 7. *quod dictum eſt de parvitate rivi data illius perennitate intelligendum arbitror, ſi ſit in quantitate vt ſecundum ſuum naturalem fluxum publice poſsit prodeſſe*: y cita à *Antonel· de tempore, legali Lib.* 2. *Cap.* 81. *n.* 37. *Giurba Obſerv.* 20. *n.* 18.

52 Pero faltava examinar quando ſe diga baſtante para ſervir al vſo publico: el citado *Cancer. al n.* 232. deſpues de haver juzgado la propriedad de las aguas à favor de Pedro Valls, por que nacian en ſu fundo, dà la razon de ſu ſentir en eſtas palabras: *Et hoc cumdicta aqua ſit ita parva vt non ſit ſuficiens ad irrigationem terrarum dicti Valls, quas ibi habet, quod dico, nan licet aqua in meo naſcatur, ſi continuo fluat publica eſt quo ad propietatem, & vſus eſt comunis*: que es lo miſmo que ſi dixeſe, ſer aquella agua privada por que no es baſtan-

(454.)

baſtante à las tierras de aquel particular, de tal forma, que ſi exediera de ellas, y alcanzara para otro, ò para otros, entonzes ya era quantioſa para ſer publica.

53 Y llegando à la aplicacion de eſtas Doctrinas, no ſe neceſsita otra coſſa que traer á la memoria lo que notamos en el ſupueſto del n. 1: por que ſiendo Chancaillo vn Valle de la Gentilidad, que demandaba agua publica, aſsi por naturaleza, como por derecho de Gentes, que es igual en todas las naciones, aunque barbaras, ſegun el § *Et quidem* 1. *Riparum* 4. *Littorum* 5. *Inſ. de rerum diuis.* que hablan en terminos de aguas, no habiendo otras por la confeſsion de Don Jacinto que eſtas de los Puquios, de ellos hemos de deribar el derecho de agua publica, para aquellas poblaciones.

54 Lo ſegundo, por que confeſſando Don Jacinto, que deſpues de regadas todas ſus tierras ſin dejar alguna con deſcanſo, los deſagues miniſtran tanta abundancia, que baſtan á hazer copioſas las haziendas de Chancaillo, nos hallamos en los terminos opueſtos á la Doctrina de *Cancerio vbi ſupra*, que reſolvià ſer privadas las aguas, por que no alcanzaban à regar el fundo de aquel privado, pues en eſtas confieſa Don Jacinto, que no ſolo alcanza al Valle de Jequan, ſu proprio fundo, ſino que haze abundantes en Chancaillo á otros tres fundos como el ſuyo; de que ſe concluye que ſupueſta la perennidad, por lo que haze alquanto, tienen eſtos Puquios ò rivulos que de ellos ſe deriban no ſolo la que es meneſter para ſervir, ſi no la que há ſervido en el publico vſo de ambos Valles.

55 Todos los AA. que mueben eſta queſtion, para examinar ſi las aguas que brotan ſon publicas ó pribadas, van ſuponiendo, que el publico tiene otras aguas de donde ſe probea, por que de otra ſuerte ſiendo eſte elemento necezario como pondera *Lagunes vbi ſupra n.* 1. no fuera preciſo examinar la cantidad, pues no habiendo otra, poca, ò mucha, era ella la que habia de ſervir para los vſos naturales.

56 El *Cardenal de Luca*, deſpues de tratar el Dominio de las aguas por el Dominio de los ſuelos con la regla general, que ſe há traido en el *diſc.*31. *de ſervit.n.*5. *Lagunez n.*82. dice, que todo eſto hà de entender mientras no ay particular eſtatuto que diga lo contrario. Y en nueſtras Leyes de Indias nos encontramos con la *Ley* 5. *tit.* 7. *Lib.* 4. por la qual ſe manda, que el vſo de todas las aguas ſea comun en todas las Provincias de las Indias, como tambien de todos los Paſtos,

F y to-

y todos los montes: y assi como en la comunidad de Pastos y montes, por lo que dize aquel *todos* se entienden comprehendidos assi los grandes como los pequeños del mismo modo hemos de discurrir en quanto á las aguas, de quienes habla la Ley con la misma totalidad.

57 Supuesta esta conmunidad de las aguas passa en la *Ley* 11. à mandar, que se repartan las tierras y se repartan las aguas, por el mismo orden con que lo executaban los Indios; conque habiendo regado los Indios con estas mismas, porque no ay otras, es constante, que en el repartimiento de las tierras que se hizo en la poblacion de Chancay, estas mismas aguas se repartieron por los pobladores, ò se entienden repartidas por el ministerio de la Ley.

58 Dirá Don Jacinto, ó querra decir, que este repartimiento se entiende de los Rios, que por su naturaleza son destinados al comun beneficio, pero no de aquella agua que naze en el mismo fundo, porque es tan privada que ni el Principe puede repartirla en perjuicio del Dueño, segun las Doctrinas que van alegadas en el n. 49. y por consiguiente ni los pobladores que no pudieron tener mas facultad que el mismo Rey.

59 Assi es obligado à decirlo Don Jacinto, porque de otra suerte cayera en el repartimiento de la Ley; pero quanvano sea este recurso se mostrará en la siguiente consideracion.

60 Los predios de las Indias primero fueron del Rey con el Reyno en la Conquista, que de los particulares: es expresso en las de Indias todo el *tit.* 7. *Lib.* 4. cuya inscripsion es *de la Venta y composicion de tierras*, pues mal se pudieran vender, y repartir en su nombre, sino fuesen suyas proprias.

61 De aqui se infiere que de el mismo modo que fueron del Rey antes de las ventas y repartimientos, todas las tierras en vn cumulo, tambien fueron suyas en conjunto todas las aguas de Rios, y fuentes; sin exepcion de alguna: no solo por jurisdiccion como el Mar, y los Rios Navegables, sino tambien por Dominio: en tal forma, que siendo oy las adquisiciones particulares de los Vasallos, vnas derivaciones de aquel Dominio pleno, todo lo que oy tiene Don Jacinto en los Puquios, por razon de sus tierras, lo tubo tambien el Rey antes de concedersela: y por consiguiente fue dueño de repartirlas sin agravio de otro, que tubiese alli derecho fundado y adquirido.

62 Demos aqui vn caso en que todo Chancaillo, con Jequan

quan fueſſen de vn dueño, y que todas eſtas tierras juntas compuſieſſen el fundo de vn particular; entonces no habrià duda que todas las aguas de eſtos Puquios eran del todo de eſtas tierras: finjaſe sambien que eſte dueño dividieſe eſte fundo en dos partes, y que ſin hablar de las porciones de agua, las vendieſe á dos terceros: pregunto, en eſta venta, ſe llevariá todas las aguas el comprador de el fundo ſuperior y el comprador de la parte inferior no adquiriria derecho de agua, ſino la que el otro quiſieſe darle de merſed?

63 El texto Capital de la materia es la *Ley ſi partem* 25. *ff. de ſervit. rusti. Præd.* Los AA. que lo tratan ſon *Marco Ant. Sabelli.* § *aqua n.* 7. *Bondeno Docum* 4. *à n.* 1. *Card. Mantica de tac. & amb. conv. Lib.* 1. *tit.* 16. *n.* 7. *Card. de Luca tom.* 7. *de empt. diſc.* 34. *Pechio. Cap.* 3 *queſt.* 18. y mejor que todos por que à todos los recoje *Gobio tract. de aquis queſt.* 20. *per totam*, entre quienes la concluſsion cierta es, que ſi las aguas ſe tienen por derecho real del miſmo fundo, paſan con la miſma venta en prorrata, deſuerte que vendida parte del fundo, ſe vende tambien parte del agua: pero ſi ſe tenga como derecho perſonal, porque el dueño haya comprado ciertas onzas de agua, ſubdiſtingue *Gobio* en el lugar citado; por que ó eſſe derecho de agua perſonal lo podiá verificar en otro, ò lo havià de verificar en eſte por neſeſidad natural: en el primer caſo, reſuelve, que no ſe tranſfiere; pero en el ſegundo ſe entiende tambien vendido en prorrata.

64 De aqui reſulta concluyentemente que pues la agua de eſtos Puquios no es capaz de aprobecharſe en otras tierras que en eſtos dos Valles, aun quando fueſe derecho perſonal, y no real como lo es defacto, el dueño que vendieſe ambas partes haviá vendido con ellas las aguas en prorrata.

65 Eſto miſmo que ſucediera en la venta de vn particular, es lo que ſuſediò en la donacion que hizo el Rey, ó en ſu nombre los Pobladores, porque ſiendo de vn Dominio todas eſtas tierras, con todas eſas aguas, el miſmo hecho de deſtinarlas, y dividirlas, y el miſmo hecho de vender los exceſos en las compociſiones poſteriores, fue aſignar, repartir, y vender, las aguas en la debida proporcion; y porque no ſe note diferencia entre la adquiſicion lucrativa, y la onoroſa es expreſa la Doctrina de el miſmo *Gobio al n.* 20. quando los fundos ſe dividen por legado, ò por herencia, donde enſeña, ſe debe proceder del miſmo modo que en la venta.

Ton-

66 *Tonduto Sanleger tom.* 1. *resol. civ. Cap.* 48. *n.* 12. pone por conclusion, que la concession que haze el Principe *ducendi aquam*, se entiende sin perjuicio de tercero, y en el n. 13. añade, *Tamen hoc intelligendum est de tercio, qui habet jus anterius, nempe acquisitum ante concessionem: quia juri iam tertio quesito derogasse non cencetur*: Cita para su Doctrina á *Surdo, Ciriaco, y Cepola*: y es concordante *Antunez ad. Cap.* 4. *n.* 31. y esta explicacion es importantissima al caso pressente, para penetrar qual serià la aplicacion de estas aguas en su origen. Por que como los AA. de Don Jacinto no tubiesen derecho adquirido antes de la Poblacion, y en ella quando todo estaba en el Dominio de el Rey, se repartieron en su nombre las Haziendas, y por consiguiente con agua, como previene la Ley 1. de las Poblaciones, no haviendo otra agua que esta, vino tambien ella en el repartimiento sin perjuicio de tercero; pues haviendo adquirido todos el derecho en vn mismo acto, no se le pudo hazer perjuicio al que no lo tubo anterior, y total.

67 Y si nos ponemos en el conflicto del repartimiento no se puede ofrecer duda; por que si los AA. de Don Jacinto quando les hizieron los dos repartimientos de à 40. hubieran preguntado si les daban tambien todas las aguas de los Puquios, les responderián, que no; y el mismo hecho de constituir otros siete repartimientos inferiores en Chancaillo, fuera de las tierras de Indios, á quienes por la *Ley* 18. *tit.* 7. *L.* 4. está mandado se les den todas con agua, es vn testimonio claro de que se exeptuaron los Puquios, caso negado que alli naciesen; y si tal pretension hubieran tenido estos AA. de Jequan fuera tan imprudente como la que se dirigiera à extinguir todos los Predios inferiores, pues tanto vale quitarles el derecho de agua como el destruilas de fundos.

68 El citado *Tonduto vbi supra en el n.* 14. enseña que despues de concedidas las aguas por el Principe à vn privado, si acaso ay en ellas sobra para lo que el concesionario nesesite, puede bolver à hazer segunda merced, sin embargo del derecho adquirido, por que nunca ay adquisission de todas las aguas en lo exuberante: y estas lo son tanto respecto de Jequan, que afirma Don Jacinto, que con solo sus desagues abundan las Haziendas de Chancaillo: de que se infiere que su pretension es immoderada, y que no quiere para sus tierras riegos, si no Aluviones; que tanto es menester, para que vna Hazienda triplicadamente mayor riegue sin escaçes con

solo

ſolo ſus deſagues. Y en efecto que viene à ſer vn Aluvion perjudicialiſsimo à Chancaillo, porque cayendo ſus deſagues á los Puquios, con la vehemencia de la multitud de agua, y lo colgado de las tierras, introduce barro por agua, con que á Don Lorenzo le ciega las aſequias poniendolo en neceſsidad de tres limpias al ano, y perder el tiempo de ſembrar en las preparaciones de la ſementera. Por lo qual le fuera de mucha vtilidad el que virtieſe los deſagues à otra parte, y le dexaſe pura el agua, que le toca.

69 La Doctrina, de que las aguas ſon del dueño donde nazen, es buena para aquellos lugares donde los fundos ſe adquirieron, y han venido de vnos en otros, antes que hubieſe ſoberanos: y tambien en nueſtras Indias, para los Puquios que brotaren deſpues de los repartimientos, porque ya vienen como frutos deſpues de vna perfecta adquiſicion; pero en los antiguos que ya eran deſcubiertos deſde la gentilidad no tiene lugar. Y por eſſo reconocemos que en el Valle de Chancay el Puquio que nace en las tierras de Caqui, no ſirve à eſte fundo, ſi no al inferior de Miraflores. Y en el Valle de Lurin, ſirve à la Chacra de San Pedro, el que nace en el corazon de Buena-Viſta, ſin que á eſta ſe le permita ſacar vn riego de agua, por Sentencia declarada; no por otra razon ſi no por que en eſtos Puquios antiguos no ſe atiende al ſuelo, ſino à la ereccion de las Haziendas, reſpecto de que aſsi las aguas como las tierras todo era del Rey, para quien no havia derecho de Origen, y propiedad, en otro tercero, que le limitaſe la facultad de diſponer: y ya tiene confeſado Don Jacinto, que en las Haziendas de Chancaillo no ay otra agua con que pudieran erigirſe. Eſte juicio en el modo de aplicar eſtas Doctrinas, es conſerniente à lo que enſeña *Eſcalona L.* 2. *part.* 2. *Cap.* 21. *n.* 1. donde de las aguas de Indias, dize que las Fuentes, Veneros, y Manantiales, (de cuya eſpecie ſon los Puquios) ſon en propriedad del Rey, como dueño de la tierra, en quanto no los vbiere concedido. La razon es clara, porque aſi como el privado adquiere el derecho de las fuentes, porque brotan en las tierras que ya eran ſuyas, del miſmo modo el Principe por ſus tierras adquirió ſus aguas: y no teniendo Don Jacinto conceſsion de los Puquios, ni mas titulo para ellos, que el repartimiento de las tierras neceſsitadas à regarſe con eſta agua, que es el miſmo titulo que tienen los de Chancaillo con ſiete repartimientos vtiles de ſembradura, en que ſe conſtituyen por eſtos miſmos Puquios,

ſegun ſon impoſibles otros riegos à la naturaleza del lugar, no puede conſiderarſe en Don Jacinto, particular conceſion de la Agua, ni eſpecial titulo; ſino que aſsi el titulo, como la conceſsion, fué vniverſal á todos los inferiores.

70 Todas las coſas que ſon neceſſarias, y *ſine quo non* ſe entienden comprehendidas aſsi las donaciones, y legados, como en las ventas; porque nunca ſe entiende, que ſe vende, ó dona aquello, que es inutil para el vſo de ſu natural deſtino, ſegun las Doctrinas que hemos traido al num. 63. y ſi ſe atiende à la cauſa final ſe haze evidente: porque en los repartimien, tos de Jequan en la poblacion, ſolo ſe trató de avezindar con el interez de eſtas tierras, à los primeros moradores, pero no fuè la intencion el hazerlos Señores de las aguas; con que ſolo es viſto concederles aquello que baſtò para el fin de avezindarlos; cuyo motivo es el miſmo que ſe verificò en las Haziendas de Chancaillo: deſuerte, que ſiendo vno meſmo el acto, y vna meſma la cauſa final de la conceſion, lo miſmo que ſe transfiriò à los Autores de Don Jacinto, ſe entiende conferido por identidad de razon, y por conſequencia natural á los de Don Lorenzo.

71 Eſta multitud de Haziendas en Chancaillo, y la impoſibilidad de otra agua, funda tal derecho, que el *Emin. Luca diſc.* 26. *n.* 6. dice, que ſi las aguas que nacen en el fundo ageno, ſirven para muchas Haziendas inferiores, no puede divertirlas, ſino que ſe ha de proceder con la obſervancia: ſon ſus palabras, *Cum ſenſu tamen veritatis dixi, deciſsionem pendere ab inſpectione, & qualitate loci, & frequentia Prædiorum, quibus aquæ vſus omnino neceſſarius ſit. Si enim Prædiorum qualitas talis eſt, quod generaliter in ea Contrata ad dictos vſus cum huius aquæ preſupoſito conſtructa ſit, ita vt de præjuditio ageretur plurium privatorum in ea bona poſsidentium præteritæ obſervantiæ ſatis deferendum eſt.* La fundacion de Jequan fuè de vn fundo, pero la de Chancaillo de ſiete; conque ſi huvieſen repartido à Jequan toda el agua, huvieran hecho en la fundacion por vn particular vna pluralidad de perjuicios, quando eſta agua como vnica es de neceſsidad omnimoda, como lo pide eſte Author, para que ſe entienda, que con eſte derecho ſe erigieron; en cuyo caſo no tiene lugar el dominio del origen, en ſentir del *Card.*

72 De todo eſte Diſcurſo ſe concluye, que las aguas de eſtos Puquios, fueron transferidas por el Rey, y en ſu nombre à todas las Haziendas, que con ellas, y no con otras, pu-

dieran

dieran erigirse, y que Don Jacinto no puede oponerse, aun quando naciesen en sus tierras, porque en esta forma las adquirió, y no tuvo derecho adquirido antes que los demás que lo adquirieron de vn mismo principio, y por vna misma causa; siendo la Concesion del Soberano, la fuente de todos los Derechos, contra quien no puede vsar Don Jacinto de otras facultades, ni imponerle otras limitaciones.

73 Si llegamos á los tiempos mas modernos, quando Doña Maria Renjifo, dueño de Chancailló, lo fué tambien de Jequan, segun lo que notamos en el supuesto del n.3. es terminante la Doctrina del *Cardenal de Luca, en el citado discurso* 34. *de Empt. & vend.* donde demuestra, que vendida parte del fundo en despues que por la vnion del Dominio, se comunicaron todas las aguas en todas las tierras, se entiende, retenida toda la que corresponde á proporcion; y lo mismo repite en el *discurso* 29. *de Servitutib* à *n.* 9. afirmando que nunca se presume que el que concede, ó transfiere el agua, de aquella con que se quedara en seco, con la *Ley Preses Cod. de servitutib.* de que se infiere vno de dos extremos, ò que Chancaillo tenia fuera de la de Jequan, agua propria con que se quedó la Renjifo despues de la enagenacion, o que en la venta exceptuo aquella agua que era necessaria para el beneficio de Chancaillo.

74 Aun es mas fuerte el Argumento, si se atiende à las circunstancias que llevamos, en el supuesto de el num. 3. conviene à saber, que esta venta de Jequan, la hizo en 2U 800. ps. à censo, y para donarselo á San Augustin; y no es creible que por vn precio de tan poco momento, y para vn destino de mera liberalidad, enagenase todas las aguas, y que quisiesse hazer tan abundante al vecino, quedandose sin el derecho de vna gota de agua para aquel fundo, en que librava todo su vivir, y que havia de beneficiar, determinandose à padecer aquella dureza, y crueldad de secarse á vista de otros que se alegravan con sus aguas; de que haze memoria el *Cardenal de Luca vbi sup. n.* 9.

75 Conociendo Don Jacinto lo solido de este fundamento, recurre á que el Puquio no nace en este Jequan de Doña Maria Renjifo, sino en el otro que era de Don Pedro Santillan, y con esto confessando la Doctrina, se juzga assegurado de su aplicacion; pero con sus mismos Titulos se le harà demostrable, que en el Jequan de Santillan, no tienen parte los Puquios, y que si alguno se halla proximo al origen es, el Jequan de la Renjifo.

Para

(157)

76 Para inteligencia, y composicion de lugar, se debe suponer, que los dos Jequanes son vn giron de tierras, que corre entre la Asequia del Puquio, que le divide del Potrero de Retes, y los Zerros de Jequan por el otro costado: por la cabezera, ó parte superior lindan con la Chacra de Santo Domingo, que fue de Juan Serrano de Henao, y por los pies ò parte inferior con Chancaillo; desuerte que Chancaillo y Juan Serrano de Henao hazen los pies y la cabeza, y la asequia del Puquio y los Zerros los costados: como se verà en el Mappa, y se dize en los titulos de Don Jacinto à fox. 67.

77 Esto supuesto en la misma mensura de Don Jacinto à fox. 67. tenemos que el Puquio corre desde las tierras que fueron de Juan Serrano de Henao; con que sin duda corre el Puquio por Jequan desde el principio hasta el fin; de que se sigue, que de nazer en alguno de los dos, fuera en el superior, que linda con la cabezera de Juan Serrano de Henao, por que si naciera en el inferior que linda con Chancaillo no podia subir el agua, ni llegar el Puquio al superior: y asi el punto se reduce á examinar qual de los dos Jequanes es el inferior que linda con Chancaillo, y qual el superior que confina con Juan Serrano.

78 Para esto no es menester otra cosa sino la mensura que el Padre Valderrama hizo à Doña Maria Renjifo á fox. 60. del quaderno 2. que dice asi: *y las quarenta fanegadas donde dizen Jequan, linde con la Chacra de Don Pedro Santillan, y por la otra parte con Juan Serrano de Henao, y por la otra con vn Puquio:* al contrario en la medida del Jequan de Santillan á fox. 35. de los de Don Jacinto se dice 42. *fanegadas en dos pedazos donde se dize Jequan y la Calera, que lindan con Doña Maria Renjifo y tierras de Chancaillo, el Zerro, y Puquio*; de suerte que como el Jequan de Santillan es el inferior, viene á ser el que linda con Chancaillo, dividiendolo del Jequan de la Renjifo, que es el superior; y por eso en su mensura se dize *que linda por arriba con Juan Serrano, y por abajo con Santillan*; pero el Jequan de Santillan *linda por arriba con la Renjifo, y por abajo con Chancaillo.* Convenciendose, que el Jequan de la Renjifo es el superior, y por consiguiente el primero donde entra el agua del Puquio por los terminos de Juan Serrano de Henao; lo que no sucederia si acaso brotase el Puquio en el Jequan inferior confinante con Chancaillo.

79 Con esta mensura de fox. 35. quiere Don Jacinto fun-

dar

dar el Dominio de los Puquios, por que en los linderos de este Jequan de Santillan se dize, *que linda por la vna parte con Chancaillo, y por la otra con el Puquio y cañaberales de Don Pedro Santillan:* de que se saca esta consequencia: luego el Puquio era de Santillan.

Para responder à este discurso es menester distinguir
80 que en todos los Rios y fuentes ay cabeza, cuerpo, y pies, aunque todo ello se llama fuente, ò Rio: como advierte *Cepolla trat.* 2. *de servit. Cap.* 31. *num.* 8. *Leg.* 1. § *hæc. Vers. Caput ff. de Aqua quot.* La cabeza es el lugar de donde nazen; el cuerpo el cauze por donde corren; y los pies el lugar donde terminan; y con esta distincion, si el Puquio se toma por aquella parte del cuerpo que haze la asequia por donde baja dividiendo este Jequan del Potrero de Retes, es cierto que es suyo el Puquio, como lo son los cañaberales nacidos en las riberas, que son tierras de Santillan, segun las Doctrinas y textos que recoje *Antunez vbi sup. num.* 57. y esto es lo que quiere decir la mensura en aquellas palabras con el Puquio y cañaberales de Don Pedro Santillan; donde el Dominio apela sobre los Cañaberales del Puquio, y no sobre sus aguas; y lo mas que puede pretender es, que le pertenesca el Puquio en quanto à las tierras de la vna ribera, por que en quanto à la otra preteneze á Retes, que està de la otra banda.

Este Dominio del cuerpo de los Rios, nadie lo aprecia
81 para el Dominio de las aguas, por que de donde se toma es de la cabeza, en los terminos y casos que hemos explicado en los numeros antecedentes sobre el nacimiento de las aguas, como advierte *Cepola* en el lugar citado, y explicaremos mejor en el § siguiente, manifestando, que este pasar las aguas por las tierras no es Dominio, sino servidumbre.

§ 2.

82 AUnque las aguas de los Puquios fuesen pribadas por por nazer en tierras de Don Jacinto, no podià divertirlas en perjuicio de Don Lorenzo, sino que debe dejarlas correr libremente para Chancaillo.

Los mismos AA. que enseñan ser del privado las aguas
83 que nazen en sus tierras, ò las que se deriban de los fundos superiores, luego que se introducen en las canales del vecino, y que por esso le es licito el diverurlas en perjuicio del

 infe-

inferior, traen inmediata la limitacion, de que no le es facultativo hazerlo, quando el eſcurrir las aguas, no es por condeſcendencia, ſino por ſervidumbre; aſsi lo enſeñan el miſmo *Antunez Lib.* 3. *Cap.* 4. *num.* 27. *Lagunez dict. Cap.* 5. *num.* 73. y por todos los demas que eſtos citan, el *Cardenal de Luca de ſervit. diſcur.* 25. 26. 27. 29. 31. 33. y lo miſmo repite en quaſi todos los diſcurſos de eſte Libro, y en otros que hemos citado; en los quales pregunta con todos los demas AA. quando ſe entienda deſcender el agua por el natural peſo, por condeſendencia tacita, ò por derecho de ſervidumbre: y el principal ſigno de la ſervidumbre es, quando la agua corre por canal hecha á mano en las tierras del vecino.

84 La obra hecha á mano no puede ſer mayor que la foſſa del miſmo Puquio, que es todo el lindero de Don Jacinto; tan profunda que tiene quatro ó cinco baras en hondo; y eſta obra no puede decir que es ſuya Don Jacinto, porque es de la antiguedad, y por donde los Indios de Chancaillo conducìan el agua, como notamos en el num.23. con la reflecciòn, de que eſta foſſa ni otra alguna, que eſtubieſe en ſus tierras le puede ſervir à Don Jacinto, porque ſundo tiene dos inclinaciones; vna en longitud conforme al curſo del Puquio, que corre por todo el coſtado, dividiendo ſus tierras de las de Retes; y otra en latitud, porque como Jequan y la Calera ſon faldas de los Zerros, el coſtado del Puquio eſtá profundo, y el otro de los Zerros elevado. De aqui naze, que para tener Don Jacinto todas ſus tierras de ſembrar debajo de la Aſequia, ha meneſter ſacar ſu toma de la madre del Puquio, montandola por la cabezera de ſus tierras para la falda del Zerro, de donde deriba ſus regaderas, que buelven à deſaguar al Puquio: y aſsi toda aquella Aſequia principal del Puquio, que deſlinda ſus tierras, desde la toma que eſtá en la cabezera, haſta los terminos de Chancaillo, es inutil à Don Jacinto, y ſolo es obra de Chancaillo, como ſe verà en el Mappa.

85 Para probar la exiſtencia de la Canal no es meneſter otra coſſa, que la miſma diligencia de la Poſeſsion de fox. 27. por que para darle à Don Lorenzo las aguas, conſta que no ſe hizo otra diligencia que deſtapar la champeria con que en el origen, la tenia impedida Don Jacinto; y ſi no huvieſe tal Canal por donde quedò corriente, huviera ſido neceſſario abrirla nueva en mas de vna legua, que ay desde las tomas á Chancaillo. Añadeſe, que el miſmo Don Jacinto confieſa, que toda

da la agua de denoche la deja paſar para Chancaillo, y que por eſſo es abundante porque la aprovecha en el eſtanque. y en la pregunta 6. de interrogatorio à fox. 212. *que ſus AA. han dejado correr á Chancaillo el agua de condeſendencia*; ſiendo el modo de permitirla *el no ſacarla del Puquio que corre como herido de Molino â Chancaillo*, luego ſiempre huvo Canal madre, por donde bajaba à Cancaillo toda el agua que no ſacaba, ó por mejor decir, todo el Puquio es la Canal por donde bajan integras las aguas.

86 Otro modo de probar la ſervidumbre, ó (mejor diremos) de probar quien ſea el dueño de la Aſequia que ſe abriò en el fundo ſuperior, es el limpiarla; por que la limpia es vna repeticion de la obra, y vna apertura continuada: aſsi lo enſeñan *Lagunez vbi ſup. n.* 73. *coſta de facti ſcient. centur* 2. *diſt.* 1. *num.* 122. *Gobio queſt.* 3. *num.* 27. *ibi: item expurgatione diutina Albei per quem aqua ducitur, ea ratione quia expurgandi facultas cuicunque ſolam ſervitutem habenti competat.* y *Maſcardo concluſ.* 123. *num.* 18. *quale debeat eſſe hoc factum hominis vt ſervitutis adquiſitionem inducat, nempe vt &c. vel quod inferior ingrederetur fundum ſuperiorem, vel rivum purgaſet*, y conſtando por toda la prueba de Don Lorenzo dada con los teſtigos inſtrumentales, que fueron los miſmos que de la Hazienda de Chancaillo iban à limpiar el Puquio de la Calera en los acoſtumbrados tiempos, ſe haze demoſtrable, que no ſolo conſta la inmemorial ſervidumbre (en caſo de ſer ſebidumbre) por la obra primera, ſino tambien por la repetiſion annual de las miſmas obras en el Puquio.

87 Dixoſe que seriá ſervidumbre, ſi acaſo lo podià ſer, porque rigoroſamente hablando, eſte tranſito de las aguas por el lindero de la Calera y Jequan no es ſervidumbre; reſpecto de que para ſervir el predio ſuperior en aqueducto del inferior, es meneſter que el agua ſe derive ſobre tierras, que ſean parte y porcion del predio ſirbiente; y el cauſe de eſtos Puquios no eſtà conprehendido en los Dominios de la Calera y Jequan.

88 El modo de probar Don Jacinto ſu Dominio es porque en ſus menſuras ſe ponen los Puquios por linderos entre ſus tierras y las de Pedro de Buſtos, que oy ſe llaman Retes; y eſte miſmo hecho de ſer lindero ſerà mejor prueba de que no ſon ſuyos. Es Doctrina de *Falconerio* en el *Tomo* 3. *de ſus modernas deciſsiones titulo* 35. *deciſ.* 2. *num.* 13. donde dice *Confinia bona diverſa ſunt à confinatis: ſita inconfine nequeunt*

queunt comprehendi inconfinato, y con la Ley *cum servo adfin. de contra. empt. y la decision* 229. *al num.* 12. *Part.* 14. *de las recen.* saca por conclusion, que aquello que se nos pone en la mensura por confin, no es parte de la mensura, ni se comprehende en ella, sino que antes se entiende excluido y reserbado: de que se infiere concluyentemente, que lo mismo es decirse que las tierras de Don Jacinto lindan con el Puquio, que excluirse el Puquio del Dominio de Don Jacinto: como que ninguno confina con sigo mismo, y es menester distincion entre el confinante y confinado.

89 Todos estos requisitos para la constitucion de la servidumbre pertenezen á aquellos casos en que se quieren constituir para la mayor comodidad del predio inferior, pero no quando la serbidumbre es *simpliciter necessaria*; por que entonçes como enseña el *Cardenal de Luca de servit. disc.* 27.*n.* 4. al superior *offitio judicis* se le obliga á vender la serbidumbre al inferior, por sola la nesesidad, (como si fuese transito forsoso para el aqueducto) sin embargo de tener el superior Dominio absoluto y antecedente: de que se infiere, que haviendose donado las tierras de Chancaillo en la poblacion quando los AA. de Jequan no tenian derecho adquirido, y lo que es mas, hallarse constituida la servidumbre en el suelo desde el tiempo de la Gentilidad, donde havia de haver aqueductos para las poblaciones de Chancaillo, es consequente que como accesion necessaria à este Valle, de officio del Poblador se concedió juntamente con las tierras la serbidumbre de Jequan y la Calera.

90 Y es la razon, porque los repartimientos fueron vnas adjudicaciones plenas, perfectas y absolutas, y no havià de ser el animo del Poblador ni del Principe, poner las mercedes de muchos pendientes de la voluntad de vno, que quisiese dar, ó no, el transito para el aqueducto; que es lo mismo que declaró la citada *Ley* 11. *tit.* 17. *Lib.* 4. mandando que rieguen todos succesibamente de vno en otro, pena de que se les cierren las tomas, y que rieguen como regaban los Indios: que es lo mismo que entablar vna servidumbre perpetua en lo succesivo, y confirmar las mismas servidumbres que obserbaron los Indios, como derechos que les dictó, ó la nesecidad, ó la razon entre las sombras de su barbaridad.

(460.)

§ 3.

91 LOs Puquios de este litigio no naçen en tierras de Don Jacinto.

92 Esto se prueba por tres Capitulos: el primero por los titulos, el segundo pos los testigos de Don Jacinto. Y el tercero por su misma confession.

93 Por los titulos, en todas las mensuras de Don Jacinto consta, que el Puquio es el que deslinda todas sus tierras del Potrero de Retes, y parte del de Guando: luego no nace dentro de sus tierras; porque para nacer en ellas era menester que las tierras circundásen al Puquio; assi como se dize, que la muger circunda à quien de ella naçe; y para deslindar es menester al contrario, que el Puquio circunde à las tierras; y por si mesmo es notorio, que para naçer entro de las tierras, era menester, que de vna vanda y otra fuessen las de Don Jacinto.

94 Los testigos han de ser los mismos de Don Jacinto, porque aunque los de Don Lorenzo todos dicen que los Puquios naçen en tierras de Retès, y en los Potreros de Retes, Olguin y Gonzalo, no necesita valerse de sus dichos, quando tiene todos los de Don Jacinto à la tercera y quinta pregunta de su interrogatorio, donde dicen, que con la continuacion de trajinar los Potreros superiores á la Hazienda de Jequan (que son los de Retes Guando, Olguin, y Gonzalo) han visto las aguas que de ellos se originan, y descienden para Jequan y la Calera; y confesando Don Jacinto à fox. 53. pregunta 3. que sus tierras solo alcanzan frontero del Potrero de Guando, porque assi parte de este, como los de Olguin y Gonzalo estàn superiores en mucha distancia, se combence por sus mesmos testigos, que desde mui arriba vienen ya las aguas descubiertas y nacidas, como que no se pueden ver correr por la superficie de la tierra antes de aver naçido.

Aqui perteneze el lugar de *Ulpiano* en la Ley 1. § *Ca-*
95 *put* 8. *ff. de aqua quot.* donde explica qual se llame cabeza, origen, y nacimiento de Puquios, *ibi: Caput aquæ illud est vnde aqua nascitur, si exfonte nascatur ipse fons, plane si aqua sudoribus manando in aliquem primum locum effluere, atque ibi apparere incipit eius hoc caput dicemus vbi primum emergit*, con que si los testigos de Don Jacinto afirman, que han visto las aguas dentro de los Potreros, alli es el nacimiento;

 porque

(1760)

porque *ibi apparare incipit-vbi primum emerguit.*

96 Conociendo Don Jacinto esta verdad recurre á vn termino equivoco, con que paliar las declaraciones; y para ello articúla en la quinta pregunta- *si saben que los Puquios se forman en las tierras de Jequan, y la Calera;* y esto (que no quiere decir otra cosa, si no que las aguas que vienen descubiertas y nacidas de los Potreros superiores, se recojen en la fossa, que deslinda sus tierras, y baja en derechura á Chancaillo) se pone con este disimulo, para que esto de *formarse los Puquios*, suene en los testigos á lo mesmo que *naçer los Puquios*: y aunque este engaño se logro en algunos de ellos, pero otros, que incautamente se pegaron á la verdad, no solo dicen que naçen en los Potreros si no que alli se forman, y formados bajan à la Calera y Jequan; como se reconose en Francisco Hurtado á fox. 249. *ibi: que le consta por haberlo visto y entrado muchas vezes al Potrero de Retes, que las aguas se originan de otras Haziendas superiores, como son Retes, Garcia Alonzo Guando, y Muñis, pero se hazen y forman dichos Puquios en tierras de la Calera: digo del Potrero de Retes, y assi formados salen á las tierras de la Calera el vno, y el otro para las tierras de Jequan: prosiguiendo ambos para Chancaillo.* Notese lo primero, la enmienda; porque haviendo dicho incautamente, que se formaban en la Calera, lo corrige desviandose de la pregunta, y dice que *en Retes es donde se forman ambos, y que formados bajan por la Calera, y Jequan prosiguiendo para Chancaillo* (para q̃ se vea si ay fossa antigua de servidumbre) Lo mismo repiten Jacinto de Torres, à fox. 263. y Asencio de Zarate, à fox. 280. y concuerdan todos por expresion, ó inferencia del modo con que lo declaran.

97 Por declaracion de Don Jacinto consta vltimamente à fox. 53. à la primera pregunta; (que importa mas que todos los titulos y todos los testigos juntos) pues preguntado alli Don Jacinto si es cierto que los Puquios nazen en los Potreros de Olguin y Gonzalo, responde assi *que no sabe con certidumbre si nazen los Puquios en los Potreros de Olguin y Gonzalo, por no haver transitado esse lugar:* si Don Jacinto supiese que los Puquios nacian en sus tierras, supiera que no nacian en dichos Potreros; sin que para esto fuesse necesario haverlos transitado, porque de vna madre pueden nacer muchos hijos, pero vn hijo no puede nacer de dos ma-

dres:

dres: y para conocer que el hijo de Ticia no pudo nacer de Berta, no es menester que yo conosca à Berta, y me sobra saber que naciò de Ticia.

98 Prosigue Don Jacinto en su veridica declaracion y dice, *que siendo los desagues de las Haziendas altas, naturalmente han de passar por dichos Potreros à la Asequia y Puquio del declarante; de donde saca el agua para regar la Calera.* Notese lo primero: aquella geminacion de palabras: *á la Asequia, y Puquio*; en que se vè claramente, que el cause y Asequia por donde corre el Puquio es lo que entiende por su Puquio; porque en los terminos de la Calera no ay, ni ha havido Puquio que brota, sino recipiente del raudal, que viene ya formado desde atras.

99 Notese assi mesmo aquel *de donde saca agua*, que no quiere decir otra cosa, si no que tiene vna toma hija de la madre comun; y es lo mismo que pareçe de la diligencia de fox. 27. en que consta que se *destapò la toma:* y á fox. 44. dice, *que no ha mudado la toma*; de que se infiere, que el dicho Don Jacinto no es mas de vn porcionero, porque si toda la Asequia fuese suya, la que se llama Toma fuera regadera de la propria Asequia, y la Toma fuera todo el recipiente ó canal madre del Puquio; con que el suponer que saca de alli agua por su toma particular, es decir, que ay otro con quien entre en particion.

100 Notese tambien, aquel *de donde saca para la Calera*, que funda por inevitable consequencia, luego essa Asequia que llama Puquio de donde saca el agua para la Calera, està fuera de ella; porque es precisso, que en el movimiento dè lugar quando se passa vna cosa de vn sitio à otro, el termino *à quo* sea distante del termino *ad quem*: y por consiguiente el vno no puede contener al otro: y viene la materia à quedar en terminos de que la agua baja desde sus origenes por el costado de Jequan y la Calera, á quienes deslinda del Potrero de Retes; de suerte què ni naçe ni entra en tierras de Don Jacinto, sino es la que introduce y lleba por sus tomas; porque toda la demas que corre por el Puquio en vià recta, solo le toca por defuera humedeciendole el costado, en que termina su Dominio, quando le deslinda.

Asi queda convencido por su declaracion; assi lo expressan sus testigos y titulos; asi lo demuestra el Mappa; y assi se halla en la vista de ojos, que hizo el Juez de aguas el año de 635. donde haze distincion de los Puquios como madres,

dres, y de las Azequias de Jequan y la Calera como Tomas y aſsi ſe hallarà ſi ſe paſſaſen à reconocer: quedando D. Lorenzo tan conſtante en eſte hecho, que ſi viſtos los Puquios ſe hallaſe, no ſolo que naçen ſi no que paſſan por dentro del fundo de Don Jacinto, ſin embargo de que nada de eſto le daba derecho al todo de las aguas, (como ſe ha alegado) convendrà llanamente en que lo lleve D. Jacinto.

101 Ni es menor convencimiento el que ſe toma de la extraccion, que ha hecho de ocho riegos de agua de eſtos Puquios la Hazienda de Retes, para ſu Potrero; ſobre que Don Jacinto ſigue pleito en el Govierno, como declara à fox. 44. pues ſiendo el Potrero Hazienda ſuperior de donde dice Don Jacinto que bajan las aguas à los Puquios à fox. 84. 2. pregunta, ſi los Puquios no eſtuvieſen ya formados en el miſmo Potrero, no ſe pudiera verificar que ſacaba los ocho riegos de alguno de los Puquios; ſiendo notorio que el agua no ſe ſaca de abajo para arriba; y no pudiendoſe dudar de la extraccion que ſe haze del miſmo Puquio, es preciſo confeſar que eſte naçe en la parte alta, eſto es el Potrero de Retes; y es la razon, porque ſi en aquel Potrero ſolo ſe hallaran las venas por donde corrian las aguas para el Puquio pudiera el dueño de Retes cortarlas, hazer foſſas, y formar Puquio, ſin injuria de los inferiores; ſegun las Doctrinas del Señor *Lagunez dict. Cap.* 5. *num.* 30. y es expreſſa la Ley *ſi in meo* 21. *ff. de aqua Plub. ibi: ſi in meo aqua erumpat quæ ex tuo fundo venas habeat ſi eas venas incideris & ob id deſierit adme aqua pervenire tu non vederis vim feciſſe*: y aſsi para tener Don Jacinto algun derecho contra Retes es meneſter, que recurra á que naciendo en ſu Potrero eſta agua, ſe halla deſtinada en la ereccion de las Haziendas á Jequan; y ſe conoce el mal, medio con que aqui litiga, pues á Retes, en cuyo territorio nacen los Puquios, le niega el derecho à la agua; y con eſte miſmo titulo quiere apropiarſela, quando en Don Jacinto es falſo, y en Retes verdadero.

102 Quiere hazer vn convencimiento de que las aguas nacen dentro de ſus tierras por confeſsion propia de Don Lorenzo en el eſcripto de fox. 67. donde ſe dice-*porque el vno de los Puquios llamado de Retes ſurte eſte nombre de la Hazienda de Retes (ſuperior à la de Jequan) en cuyas tierras nace:* y con eſto clama Don Jacinto: luego nace en tierras de Jequan; pero quien entiende los Parenteſis, ſacarà la conſequencia contraria, luego naçe en Retes. Todo eſte eſcripto

cripto

cripto se dirige à explicar los sitios para concluir que los Puquios no nacen en lugar propio de Don Jacinto, y quien lo notó no es tan resupino, que en el mismo conato de fundar vn extremo, confiese de plano lo contrario; *non adeo obtusa gestamus pectora Pœni.*

103 Visto asi como las aguas de estos Puquios no vienen de las tierras de Don Jacinto, y que al correr por los linderos ya les tocan por defuera, es constante, que ni pueden decirse fruto de esto fundos, porque de ellos no naçen; ni tampoco parte, ó quasi parte del fundo; porque solamente puede llamarse el agua parte del fundo, en quanto es contenida y sustentada por el mismo fundo, como los Arboles, y todo o demas anexo al suelo, quien no puede tener partes fuera de su terminacion, que es aquella vltima superficie de tierra que forma el cause de los Puquios: y fundandose todas las Doctrinas de *Antunez*, *Lagunez*, *Giurba*, *Luca*, y todos los demas, q̃ tenemos referidos desde el num. 50 á favor de Don Jacinto, en que las aguas que entran en el predio de vn particular ó son frutos si naçen, ò son partes si entran, se tiene convencido en los terminos generales del derecho comun que aunquando no hubiese la servidumbre necesaria, ni la que introduze el derecho de Indias con el mismo repartimiento de las tierras, por solo el repartimiento de estas aguas eran exseptuadas del Dominio de Don Jacinto, si no es en aquella parte que corresponde á la mensura de su fundo.

PUNTO 2.

104 LAs Haziendas de Chancaillo han estado en posesion de la agua de estos Puquios, desde tiempo imemorial.

FUNDAMENTOS.

105 NO toda ocupacion es possession legal: distinguese esta de aquella como especie del genero, que en la detencion y posesion reconoce dos especies subalternas: llamase detentacion la que es ocupasion sin titulo, y posesion la que es justificada: aquella es toda de hecho, pero esta es de hecho y de derecho: de aqui resulta, que en los juicios sumarisimos posessorios, à distincion de los posessorios ordinarios, ó plenarios, basta examinar el nudo facto de la ocupacion, sin tratarse de su justicia, ò injusticia; porque enton-

çes

çes passarà à ser ordinario, y plenario possessorio, como notamos con *Juan Bapt. Costa*, y mejor enseña *Postio de Manut. Observat.* 42. *num.* 102. *sup ositis antecedent. num. observ.* 77. *num.* 3. *observ.* 78. *num.* 8. y pues estamos en el possessorio ordinario con toda la plenitud de titulos, pruebas, y alegatos, es operacion forzosa convencer no solo la ocupacion en el facto, si no tambien lo civil en el titulo.

106 En quanto al facto, consta que estas Haziendas de Chancaillo desde la fundacion eran Haziendas vtiles, sembrables, vendidas, y poseidas como tales, segun parece de tododas las Escripturas, en que se venden con sus derechos de agua, sin que jamas haya havido litigio, de que consta que tenian el agua necesaria; y pues no ay otra que la de los Puquios, es demonstrable que poseyeron esta: Y para que no se entienda ser los desagues, consta en la vista de ojos hecha por el Juez el año de 635. que de los Puquios sacaba el administrador de Jequan mas de la mitad, por cuyo exeso se quejaron los de Chancaillo; luego la otra mitad no la sacaba, y por consiguiente corriá con libertad como cuerpo de agua principal, y no sobrado en desagues.

107 y Consta assi mismo que á Chancaillo se le puso en posesion de todo el Puquio de la Calera, sobre aquella tal qual parte, que defendiá por el otro Puquio; y no consta que los dueños de Jequan reclamasen para que se reformase esta determinacion; antes si se debe presumir se conformaron, y que pidieron como titulo el testimonio de la determinacion; como se reconoce en el presentado; que no se dió à pedimento de los de Chancaillo, si no del mismo administrador de Jequan.

108 Ni debemos entender ò presumir que los de Chancaillo voluntariamente se abstendrián de las aguas, o permitiriàn, que se las llebasen en Jequan; porque quien se presenta pidiendo el aumento no puede juzgarse que voluntariamente pierde el todo, y que sin motibo de coaccion abandone el agua, que es toda la substancia de los fundos segun los principios de la *Ley* 25. *Vers. sin vero. de Prob.* y mejor la *Ley cum fundum* 18. *de vi & vi armata: ibi: quia nemo eo animo est vt possesionem amitet*, mayormente quando no ay cosa que lo persuada; antes si es manifiesto, que continuò la possesion por las consideraciones siguientes.

109 La primera, porque el mismo Don Jacinto confiesa à fox. 45. en la quinta pregunta, que hasta el año de 36. que

entrò

entrò en ſu Hazienda, los arrendatarios no havian cogido mas de quatro ó cinco mil ſanegas; y aqui la reflexion. Para cojer 4ꝑ. ó 5ꝑ. fanegas es meneſter ſembrar la mitad, que para cojer 8ꝑ. ò 10ꝑ. fanegas: y ſembrando la mitad es tambien conſiguiente regar con la mitad de lo que pide el todo. Luego ſi haſta el año de 36. no ſe havian cogido 10ꝑ. fanegas (como el año primero del pleito las cogio Don Jacinto) ſi no de 4. à 5ꝑ. que es menos de la mitad de ſementera; haſta dicho año ſacarian menos de la mitad del agua: y confeſando Don Jacinto en la miſma declaracion á la tercera pregunta, *que todo lo que no ſaca del Puquio va como herido de Molino para Chancaillo*, es conſiguiente por ſu meſma confeſſion, que mas de la mitad del agua, ſin entrar en ſus tomas, ſe iba Puquio abajo acia Chancaillo.

110 Sus teſtigos lo eſtàn manifeſtando en lo que declaran à la pregunta ſexta en que expreſan todos, que han viſto paſſar las aguas para Chancaillo, ſin que haya havido jamas pleito ſobre ello; aunque lo atribuyen à condeſendencia de Don Jacinto: y no es meneſter llegar à los teſtigos quando es expreſſa la miſma pregunta ſexta à ſox. 212. *ibi: ſi ſaben que Don Jacinto y ſus AA. voluntariamente han condeſendido en que las aguas de dichos Puquios que no les han ſido neceſſarias corran, y deſciendan à la Hazienda de Chancaillo ſin que haya avido contienda ni pleito.* Eſta Poſicion ſupone el facto de el tranſito de las aguas, y pregunta la voluntariedad y condeſendencia; pero los teſtigos declaran haver viſto la condeſendencia, y el tranſito de las aguas: mas con eſta diferencia; que en quanto al facto ſe les debe creer, porque eſſo ſe vee con los ojos; y no ay ni ojos, ni antojos para veer la condeſendencia; porque eſto pertenece à otra expecie de prueba, de que ſe dirá deſpues: y por aóra queda aſentado que desde el orgien de las Haziendas eſtuvieron las de Chancaillo en poſeſsion del facto de ſacar ſus aguas de los Puquios, ſin que jamas lo hayan impedido los de Jequan, ni extrajudicialmente con fuerza, ni judicialmente con pleito; y eſto por la miſma confeſsion de Don Jacinto.

111 Viſto aſsi el facto de la ocupacion, paſſemos à examinar en el punto de derecho ſi eſte haverſe llevado las aguas ha ſido poſeſsion civil. El titulo aparece de todo lo que ha fundado en el Punto de la propiedad, y aun la meſma poſeſsion dada judicialmente por el Juez de aguas, y continuada en tantos años á ciencia y paciencia de los dueños de Jequan,

quan, ſobran para hazer titulo; y aun el ſer hazendados tan ſolamente baſtaba para ſer titulo de alguna agua; con que por lo que haze al titulo no puede dudarſe ſer poſſeſion civil.

112 En lo que de contrario ſe pone dificultad es en que este curſo de aguas es materia de condeſendencia; porque en las coſas de mera facultad no ay poſeſsion: es pleno para ello, el lugar de *Poſtio. obſ.* 53. *per totam.*, *Pignatell. tom.* 5. *Cap.* 5. *num.* 78. *Cortiad. dec.* 16. *num.* 74. y eſto lo prueba, porque los Puquios naçen en ſus tierras y porque aſsi lo dicen ſus teſtigos. En quanto à que naçen en ſus tierras eſtà combencido de falſo, con lo que ſe ha fundado desde el num. 91 con que ſolo nos reſtan los teſtigos.

113 La condeſendencia y voluntariedad ſon coſas del animo, y no pueden verſe ſino ſe reducen à ſignos externos; por eſſo los teſtigos quando dicen que han viſto paſar el agua de condeſendencia, dicen han viſto lo que no ſe puede veer, conviene á ſaber, eſſa voluntariedad, que es concepto de animo; y no ſolo concepto de animo, ſino concepto de derecho; porque no ſe puede decir, que condeciende el que no impide, ſi no el que no quiere impedir teniendo facultad para ello; y aſsi la condeſendencia viene à ſer vn compueſto de hecho, de derecho, y de animo: el hecho es la materia conſentida, el derecho es la facultad legitima de impedirlo, y el animo es el concepto libre de tolerarlo; Que entenderan pues de eſtos conceptos neſeſarios para la penetracion de lo que afirman veinte ó treinta Indios peones de requas, que no harán poco en ſaber que ſon Chriſtianos? y aunque entre el Padre Nabarro, pues no es de ſu profeſsion, y ſe vee quanto ignora afirmando que viò, que las aguas corrian de condeſendencia.

114 La Doctrina de *Baldo in Cap. cum cauſam de teſtib. num.* 53. era terminante à eſtos teſtigos, porque alli enſeña que el que teſtifica aver viſto cantar, nada prueba; porque el canto aunque ſe vee con los oidos, no ſe oye con los ojos; y la condeſendencia por lo que tiene de animo, y de derecho, es otro cantar tan elevado, que los ruſticos nó tienen ſentido alguno con que ſe percibirlo.

115 Para las coſas que conſiſten en el animo es expreſa la Doctrina de *Maſcardo Concl.* 828. *num.* 2. y para las coſas que conſiſten en derecho, es terminante la *Concluſ.* 1207. *n.* 14. donde aſienta, que quando las poſiciones contienen parte ò qualidad de Derecho no ſe aprecia el dicho del teſtigo; y

pone

pone el exemplo en la poſesion, donde los teſtigos ſolo hazen feè en quanto al hecho de la ocupacion, que es la que ſe percibe por los ſentidos, y no el animo del poſeedor, ni la qualidad de eſſa miſma poſeſion; y por eſto el miſmo *Maſcardo en la Concluſ.* 430. *num.* 4. requiere para probar la coſtumbre, (ſi no conſta que el teſtigo ſea perito) el que haya de dar razon de lo que entiende por coſtumbre; y en la *Concluſ.* 1376. *à num.* 9. eſtrecha la opinion diciendo, *teſtes deponentes de conſuetudine debent etiam non interrogati dicti ſui rationem reddere, quia effectus conſuetudinis conſiſtit in jure quod eſt incorporale & ſenſibus non perceptibile.*

116 No es menos incomprehenſible à los ruſticos la coſtumbre, en quanto ſe diſtingue de la tranſgreſsion, y abuſo, que lo es la ocupacion, por facultad, ò por derecho y ſervidumbre; porque ni vna ni otra ſe diſtinguen por los factos, y para diſtinguirlos es meneſter el diſcernimiento de derechos.

117 Por eſſo los AA. tienen prevenido el modo de probar las dos qualidades de ſervidumbre, ó facultad; porque como enſeña *Lagunez vbi ſup. num.* 55. *el Cardenal de Luca de ſervit. diſcurſ.* 31. *num.* 3. *diſcurſ.* 34. *num.* 4. & 35. *num.* 11. ſi ſe probaſe, que queriendo el ſuperior divertir las aguas ſe le impidiò por el inferior, entonces ſe preſume eſte, poſeedor por ſervidumbre ó por Dominio: de que ſe infiere al contrario que la condeſcendencia ò derecho de facultad ſe prueba por la paciencia del inferior, en caſo que divirtiendo las aguas el ſuperior no ſele impidieſe ſegun *Poſtio de Manut. obſ.* 40. *num.* 30.

118 Eſto era lo que havian de declarar los teſtigos como razon de ſus dichos; porque el que no haya avido pleito como articula Don Jacinto, y declaran los ſuyos, ſolo prueba que los AA. de Jequan no han perturbado à los de Chancaillo, ni han querido vſurparſe las aguas haſta Don Jacinto; y aunque añaden que ha gozado las aguas ſin limitacion, es vna expreſsion agena de la verdad, que confieſa Don Jacinto; porque diciendo eſte à fox. 45. que por negligencia de los anteceſſores haſta el año de 36. no ſe cogian mas de 5ŋ. fanegas, el miſmo limite de la ſiembra era limitaciòn de las aguas.

119 Hagome cargo (porque ſe alegrarà de contrario) de las Doctrinas de eſtos miſmos AA. que dizen, que la condeſcendencia del dueño ſe preſume, y que el derecho de ſervidum-

dumbre debe probarſe; reſpecto de que las aguas baxan por natural deceńſo, en fuerza del proprio peſo, y de la inclinacion de las tierras; pero aunque es cierta la Doctrina carece de aplicacion; reſpecto de que eſtas proceden quando en el ſuperior es cierto el Dominio de las aguas, y el inferior alega la preſcripcion para continuar el llevarlas; porque entonces teniendo el ſuperior fundada ſu intencion en el Dominio, el inferior que pretende con la preſcripcion, y titulo de ſervidumbre debe probarlo; pero quando lo que ſe comienza à litigar es el miſmo Dominio, y quiere quitarle al inferior las aguas contra la poſſeſsion, del miſmo modo que debe juſtificar el Dominio con el titulo, debe tambien monſtrar la condeſcendencia, para que la poſſeſsion no le obſte.

120 Los exemplos conque ſe funda la doctrina, de que no ay poſſeſsion en materias de mera facultad, darán la mejor comprobacion à eſte diſcurſo. Quien con mas dignidad ha diſputado la queſtion, es *Poſtio obſerv.* 53. *num.* 2. Alli pone por concluſion, que de todas aquellas coſas, que ſe hazen por permiſo, facultad, gracia, ó condeſcendencia, no ſe adquiere derecho, ni poſſeſsion; para lo qual procede con varios exemplos en los *numeros ſiguientes, haſta el* 28. donde dice, que en eſtos actos de facultad para adquirirſe poſſeſsion, debe probarſe la paciencia deſpues de la prohibicion; y para entender la doctrina, es preciſſo traer à la memoria los exemplos de que vſa en ſu comprobacion. El primero que propone al *num.* 3. es, del Huſped, que recibido en caſa del Amigo, por mas que corra el tiempo, no le preſta poſſeſsion del hoſpicio. El ſegundo al *num.* 6. de aquel aquien ſe le permite cortar en Monte ageno, ó ſacar agua de la Ciſterna del vecino. El tercero al *nvm.* 9. del Uicario nombrado por voluntad del Obiſpo, el qual por el exercicio de muchos años, no puede preciſſar al Superior à que le conſerbe.

121 En todos eſtos caſos ſe ſupone vna coſa, y ſe pregunta otra; ſe ſupone, que el hoſpicio, es mera facultad del Dueño; el permiſo de ſacar agua, y cortar leña, es liberalidad del vecino: y vltimamente, mera voluntad del Obiſpo, el nombramiento del Vicario; y ſupueſta la gracia del principio, lo que ſe pregunta es, ſi la continuacion de eſſe permiſſo, funde derecho de poſſeſsion; y en eſtos terminos, procede la ſentencia negativa en tal forma, que ſi no ſe ſupiera como cierto, que la materia era de mera facultad, y ſobre ello ſe moviele alguna tal qual preſumpcion, entonces abria poſſeſ-
ſion,

sion, y no se pudiera negar el decreto *de manutenendo*, segun los mismos AA. y especialmente *Postio en el num.* 16. ibi: *intellige tamen ut tunc in facultatibis non sit danda manutentio quando constat clare materiam esse facultativam, alias sub pretextu materiæ facultativæ non est manutentio deneganda*: y esto mismo asienta el *Cardenal de Luca discurs.* 32. *n.* 5. y mas al intento *discurs.* 31. *n.* 7. ibi: *tum quia vbi agitur de possessione longissimi temporis illa in hoc possessorio, etiam in facultatibis videtur manutenibilis ob posibilitatem justificandi titulum, & excludendi facultatem in petitorio.* Notese aquel *ob posibilitatem* con que cierra este discurso, despues de haver traido por general doctrina, que en lo facultativo no ay possesion: como que dixese siendo la máteria de facultad notoria, no ay mantencion, sino es que se pruebe la prohibicion, y la paciencia; pero sino fuesse notorio el que la materia es de facultad, porque se reconozca alguna posibilidad de justificar titulo en el petitorio, conque se destruya la facultad, entonces ay mantencion, y no tiene lugar en estos terminos el principio comun.

122 Y la razon consiste en que son pleytos muy diversos el litigar, si lo que principió por facultad, y consta que es materia de mero permisso, se haya de continuar por derecho, ó quando la disputa se reduce á si la materia es, ò no, de mera facultad; del mismo modo, que son pleytos diversos, si en el caso de Ley, y notorio, se dé Apelacion ò si la materia sujeta es notoria, y caso de Ley expresso; y tan diversos que los AA. advierten esta diferencia para enseñar, que todas las vezes que se duda si el caso es notorio, y de Ley, se haya de conceder Apelacion, sin embargo de que contra la Ley y lo notorio no se admite.

123 Con esta distincion de pleytos, se entienden ya las doctrinas del Cardenal de *Luca*, *Lagunez*, *Antunez*, *Giurba*, y todos los demás que se traeràn de Contrario, para persuadir que el onus de probar; compete al fundo inferior; por que todos ellos hablan en el primer genero de pleytos, quando en el Superior se supone el absoluto Dominio de las aguas, que principiaron por mera facultad, y permiso à descender al inferior; y baxo de este supuesto, entra muy bien la doctrina, de que el inferior que alega possesion debe probar, respecto de que el otro tiene fundada su intencion en el Dominio que se le supone, y en la misma facultad de concederla.

Pero oy nos hallamos en otra especie de pleyto, en que lo primero que se duda: (si es que ay duda contra D.

Lo-

Lorenzo) es el Dominio de las aguas, y tan lejos eſtà de ſuponerſe en Don Jacinto la facultad, y dominio de las aguas, que antes en la primera parte queda convencida, irretragablemente à favor de Don Lorenzo. En cuyos terminos, no tienen lugar las doctrinas, porque de otra ſuerte todos los que tienen fundos ſuperiores, pudieran rebelarſe contra los inferiores, valiendoſe de las doctrines generales, de que todas las aguas que nacen, ò entran en vn fundo, puede contenerlas, y divertirlas el Superior, mientras el inferior no probaſe la ſervidumbre, que deſtruye la condeſcendencia, y facultad.

124 Pero aun quando compitiera à Don Lorenzo la obligacion de eſta prueba, la tiene dada por todos los medios que tienen prevenidos los AA. El primero es, por la Canal diſpueſta en el miſmo fundo ſuperior, para conducir las aguas; y en eſte punto ſobre lo que ya ſe ha fundado, es preciſſo hazer eſte dilegma, ò la Aſequia que deslinda el Potrero de Retes (origen de las aguas) de las de Don Jacinto, por cuyos Linderos corre haſta Chancaillo, ſe conſidera en las miſmas tierras de Don Jacinto; ò no; ſi lo primero, luego en eſtas tierras tiene Don Lorenzo el derecho de ſervidumbre, de que es inſtrumento, y teſtimonio la miſma foſa que principia con las tierras de Don Jacinto, y aun ſuperior á ellas. Si lo ſegundo, luego las aguas que eſcurren de los Potreros, y caen en la Aſequia, que los deslinda con la Calera, y Jequan, no ſolo no nace, pero ni aun entra en tierras de Don Jacinto, ſino que como él miſmo confieſſa á fox. 44. *toda cae como Canal de Molino, al Puquio que va para Chancaillo.*

125 El ſegundo modo de deſtruir la facultad, es la limpia de los miſmos conductos en el fundo ſuperior, como lo ha hecho Don Lorenzo en la Calera, limpiando el Puquio deſde ſu origen, como ſe ha fundado al num. 86. El tercero, ſe reduce á la paciencia del Superior, deſpues que queriendo divertir las aguas, fuè impedido por el inferior; de que tratan *Lagunez en el n. 55. Cardenal de Luca diſert. 34. & 35. de ſervit.* y todos quantos han eſcrito de aguas, que fuera immenſo el referirlos: y eſte modo de probar lo tiene calificado Don Lorenzo; porque el primer caſo que puede averſe á la noticia de que los Dueños de Jequan quiſieron llevarſe, no el todo, ſino algo mas de la mitad, fuê el año de 635. y entonces conſta, que los Dueños de Chancaillo, ſe preſentaron ante el Juez para que los repuſieſſe como ſe executo; y no conſta, que los de Jequan huvieſen hecho diligencia en adelante.

Conſta

(466.)

126 Consta assi mesmo, que en todos los años que corrieron hasta que entrò Don Jacinto, ni huvo litigio, como èl mismo confiessa; ni tampoco motivo para haverlo, respecto de que para 8ῦ. fan. le sobrava el agua propria, sin la de Chancaillo. Despues que entrò Don Jacinto, y puso por Administrador a Carlos de Roxas su hijo, atravesò el Puquio para entrarlo en sus tierras; y sentida la falta en Chancaillo, passó Don Joseph Aparicio, Padre de Don Lorenzo, y aviendose indignado, para satisfacerle el dicho Carlos, se descalzó y entró en el Puquio para destaparlo: cuyo hecho aunque no se ha podido probar con testigos, por no haver concurrido otra persona, consta suficientemente para el concepto de vn Tribunal Superior, donde son mas extensos los arbitrios, y se conocen de mejor modo las verdades; porque aviendose mandado, que el dicho Carlos hijo de Don Jacinto, declarase sobre la verdad de este hecho á fox. 296. respondiò; *que él no podia hazer tal declaracion; y que aunque lo mataran, y apremiaran poniendolo en a carcel, no lo avia de hazer, porque no queria cuentos con Don Jacinto*; que fuè lo mismo que confessar todo el sucesso; porque de ser supuesto, y negarlo en la declaracion, no podia haver cuentos que temer, y solo podian resultar de Confessar. Este es vn modo de decir la verdad, màs recomendable que la misma confession; porque declarando, podria su Padre redarguirlo de falso, y de hijo apartado de la veneracion Paterna; pero la resistencia en declarar no fuê otra cosa, que confessarse estrechado entre el respecto del Padre, y la religion del juramento, exponiendose al apremio, antes que faltar à la obligacion de Christiano, ò à la de hijo.

127 Y de todo resulta convencido, que las Haziendas de Chencaillo, han estado desde su origen, en la possession de las aguas: que jamàs ha havido contienda: y que si alguna huvo, fuè superada por los de Chancaillo, con la prohibicion extrajudicial, y aun con la judicial, quando ha sido necessario; sin que los de Jequan ni judicial, ni extrajudicialmente hayan insistido: y vltimamente, que assi por las Canales, como por las Limpias, y todos los demàs actos de Dominio, todo ha sido de derecho, y nada de facultad, ó condescendencia.

M PUN-



PUNTO III.

EN Don Jacinto no ha havido possesion: y si ha ocupado en algun tiempo las aguas, ha sido dolosa, y furtivamente, en todo lo que excede à lo respectivo á sus tierras.

128 LA Possesion, ó puede ser reciente, ó puede ser immemorial: llamase immemorial aquella cuyo principio excede à la memoria, ó à lo menos passa de cien años; como explica *Franch. decis.* 183. *num.* 3. *Cyriaco Contr.* 688. *à num.* 26. aunque otros AA. inclinan, à que basta la ocupacion de quarenta años, quando concurre la ciencia del contrario: y esta dice ser la mas verdadera *Gobio de Aquis. quest.* 10. *num.* 20. La reciente es aquella, que no llega al tiempo de 10. años, que es el que se requiere para la prescripcion entre presentes, ó 20. entre ausentes, segun el mismo *Gobio num.* 15. y serà mas, ó menos reciente segun fuessen mas, ò menos los años.

129 Don Jacinto no puede dirigirse á probar la possesion, immemorial de llevar todas las aguas; porque constando que por los años de 635. estavan las Haziendas de Chancaillo en possesion de sacar agua, y que se quexaron al Juez, porque Jequan quiso llevarse mas de la mitad, consta tambien por la misma confesion de Don Jacinto, que hasta el año de 36. no cogieron sus Arrendatarios, ni Antecessores mas de 5ꝟ. anegas; conque forzosamente no se pudo sacar mas agua, que la correspondiente à esta corta siembra, y toda la demas baxaba para Cancaillo: y como no puede negar el facto de que en todo este immemorial tiempo, han pàssado las aguas para abaxo, recurre à que baxaron de condescendencia; pero sea lo que fuere, no puede negarse, que hasta el año de 36. fuè la Hazienda de Chancaillo, quien llevò la mayor parte de las aguas.

130 Por esso Don Jacinto dexando la immemorial, insiste en la possesion reciente, desde el año de 36. hasta el de 43. en que se moviò este litigio: y para probarla se funda, en que D. Lorenzo confiessa que cogiendo antes solo 5ꝟ. fanegas, quatro años antes del pleyto, havia cogido 10ꝟ. conque siendo para esto necessaria toda el agua, se le venia á confessar la posses-

posseſsion. Y para esforzarla, y juntamente extender el tiempo arguye aſsi: Don Lorenzo dice, que el deſpojo ſe le hizo por la obra dé Joſeph Alvaro en la nueva Aſequia, que abrió para ſacar agua en la Calera, ſiendo Mayordomo: eſte lo fuê aora 20. años; luego otros tantos há que Don Jacinto ſe halla en poſſeſsion.

131 Agregaſe, que ſus teſtigos dicen, que ha eſtado en poſſeſion de llevarſe el agua. Los de Don Lorenzo por otro lado, que tambien ha eſtado en poſſeſion de llevar copioſas aguas haſta el año de 43. y que nunca vieron quedarſe la Toma en ſeco, como eſtava al tiempo que ſe reſtituyó à Don Lorenzo; conque de todo reſulta vna grave confeſsion que neceſsita explicarſe en el orden de los hechos, para que ſe deslinden los derechos de cada vno.

132 Que Joſeph Alvaro hizo nueva Toma, no puede dudarſe à viſta de la pleniſsima prueba que tiene dada D. Lorenzo á la pregunta 6. de ſu interrogatorio. D. Jacinto quiere decir, que no fuê obra nueva, ſino limpiar la antigua; y la verdad tiene de vno y otro; porque lo que paſſa es, que para regar la Calera huvo Aſequia desde el año de 635. porque diciendo en la viſta de ojos, que ſacaban agua de eſte Puquio, por alguna Aſequia ſe havia de conducir; pero desde entonces ſe impidió el vſo por diſpoſicion de los miſmos Dueños de Jequan, quienes de ſu voluntad dexaron de vſar eſte Puquio, para mantener integro el otro de la Caña. Fuè la razon; porque como las tierras de Jequan eran lo principal del fundo; y la Calera vn *poco*, *ó pedazo* como ſe dice en la viſta de ojos, era preciſſo atender á lo principal; y la practica de lo mandado por el Juez les era bien dificultoſa; porque hallandoſe las tomas de Jequan levantadas, y profundo el Puquio de la Caña por donde ſe riegan, ſi por ſacar agua del de la Calera la ſoltaſen en el otro Puquio de la Caña deſvaratando la mucha champeria conque ſe repreſſa el agua para introducirla en la Toma, ſeria vna operacion muy laborioſa, que no es para todos los dias; y por eſſo tuvieron por mas commodo el dexar à Chancaillo todo el Puquio de la Calera, para que en el otro eſtuvieſe permanente la obra de fagina: y por eſſo ſe contentaron con hazer las ſementeras en Jequan, y en la Calera no ſe ſembraron mas que vnas tres o quatro fanegas, correſpondientes a vn corto manantial de agua, que ſe deribava de vnas lagunillas, que havia en los paſtos comunes de la Villa, cuyo aqueducto haſta oy eſtà patente.

134 En eſte intermedio haſta que entrò Joſeph Alvaro (que conſta de mas de 20. años) ya eſtuvo tan olvidada la Aſequia, que ſalia del Puquio, que bolviendola á abrir eſte Mayordomo ſe tuvo por obra nueva, como lo dizen los teſtigos; y aunque D. Jacinto alega que fuè limpia, lo que ſale de eſta relacion es, que ni fuè limpia, ni fuê obra nueva; ſino obra renovada, para que ſe expliquen las coſas con ſus nombres proprios; y viene à ſer todo queſtion de voz, porque ſea obra nueva, ò renovada, lo que tiene probado Don Lorenzo es, que entonces fuè quando comenzó á ſacar agua Don Jacinto.

135 El aqueducto no es ni la poſſeſion, ni la vſurpacion del agua; pero es el medio para poſſeerla, ò para vſurparla: nunca pudiera conſeguir Don Jacinto cargarſe con todas las aguas de improviſo, porque entonces la neceſsidad le huviera hecho repeler con la legitima defenſa; y aſsi luego que tuvo formada la Aſequia, fuê diſponiendo las tierras, é introduciendoſe poco à poco en los paſtos comunes; y aſsi tambien ſe fué llevando mas, y mas agua para ſu beneficio: pero ſiempre quedava vna porcion conſiderable para Chancaillo; porque aunque quando èl entrò el año de 36. atajaba el Puquio con vna operacion de 150. champas, pero la conſtitucion, y ſitio de la Toma que renovò Joſeph Alvaro, por la inclinacion del Puquio, y ſu profundidad hazian, que por cima del obſtaculo ſe derramaſe porcion de riegos, que juntandoſe con los deſagues (quando los havia) deſimulaban la vſurpacion; y atribuyendoſe à eſcazès ſe toleraba el perjuicio con ignorancia de ſu cauſa. En eſta conformidad corrieron quatro años haſta el de 40. en que Don Jacinto llegó á coger de 9ʒ á 10ʒ. fanegas, y eſte aumento lo padeció tanto Chancaillo, que baxò de ſu regular coſecha en mas dos mil fanegas, con la miſma ſiembra.

136 Los años de 41. y 42. fuê quando para mejorar la obra de Joſeph Alvaro, mudò la Toma D. Jacinto à lugar inferior; donde pueſta en igualdad con el plan de la madre, con ſolo atrabeſarlo ſe introduce en ſus tierras por ſu Aſequia, dexando en ſeco el Puquio principal. Aſsi lo hizo el año de 41. como lo declaran ſus miſmos negros, que fueron operarios; de los quales el vno à fox. 17. pregunta 2. dice: *aora dos años ſe mudó la toma, y ſe abrió mas abaxo de la Aſequia de la Calera, porque eſtava peſſada. y ſe abrió mas abaxo por eſtar allanada: y aora eſtà facil de cerrar lo que antes no ſe podia.*

Y

Y el otro á fox. 18. *que es cierto que aora dos años se mudó la Toma de dicha Asequia, y se abrió mas abaxo por estar arriba muy pesada, y abaxo mas llana, y facil de cerrarla, lo que no se podia en la Toma de arriba por el mucho trabajo, y champeria que necessitava*: y aunque en la ratificacion de fox. 175. dizen, que no dixeron haverse mudado la Toma, en esto procedieron con prevencion del Amo, que los remitiò con el papel de fox. 174. y con la instruccion necessaria para la negativa, que no le aprovecha: lo primero, porque las declaraciones que van puestas à la letra, no solo exponen todo el hecho, sino quedan tal razon de lo obrado, y del motivo, porque se executò, desuerte, que no dexan duda en la materia; y anque la fee del Escrivano con la presencia del Juez, superan al testigo quando niega haver declarado elgun hecho, que está puesto por declaracion, segun las Doctrinas de *Herrera in prac, Crim. Lib.* 2. *Cap.* 2. §. 2. *num.* 5. lo tiene probado Don Lorenzo con las declaraciones del Maestre de Campo Don Diego Casaverde à fox. 149. pregunta 6. y Don Pedro de los Santos en la misma pregunta à fox. 137. quienes dicen haver declarado dichos esclavos la mutacion de la Toma; y el dicho Don Pedro no solo declara haverlo oído á los negros, sino à Don Christoval Barrasa, quien le expresó que el mismo Don Jacinto su hermano le havia dicho, no podia negar haver la mutacion de la Toma.

138 Y aunque quiere tambien atribuir a Limpia esta nueva obra, pero en las declaraciones que van puestas à la letra, se reconoce la individual razon, y pericia conque los negros declaran, como practicos, y vnicos oficiales de limpiar y abrir conductos: mayormente, quando distinguen la Asequia antigua de la nueva suponiendo que ay dos; y ninguna se multiplica con limpiarla; y sobre todo está de manifiesta la Asequia antigua, aunque hollada de los ganados, que alli pascen, la que se puede reconocer.

139 Assi lo dispuso Don Jacinto desde el año de 41: pero como ni en este, ni en el de 42. hizo mas sementera que de 6u. fanegas como confiessa à fox. 45. dexó correr libre el agua, volviendo al Puquio todo lo que le sobrava por la contrasequia, ò desague, que tiene formado para este efecto; y el año de 43. fuè el primero en que quiso probar con la total vsurpacion, que sentida de Don Lorenzo, ocasionó el pleyto: porque lo que tuvo sembrado Don Jacinto en este año de 43. fuè tanto, que despues de haverle quitado las aguas,

 co-

cogió mas IIIJ. fanegas sin exemplar: de que se infiere, que siendo forzoso el que mermase mucho con acortarle el riego, para que fuesse la sementera mayor con menos agua, era necessario que la siembra fuesse sin comparacion desmedida, y por consiguiente, que la vsurpacion del agua fuesse ya total.

140 Y en este orden de hechos, lo que tenemos por Don Jacinto es; que desde aora 20. anos, se introduxo al Puquio renovando la Asequia; que hasta el año de 36. se sacó poca agua, porque en todo Jequan se sembrava poco; que despues del año 36. fuê sacando mas y mas agua, conforme se iba tomando las tierras de la Villa, que declaran los testigos á la 5. pregunta; que el año de 41. mudò la Toma, porque la otra estava pessada, y se le passava el agua para Chancaillo; que en estos dos años no se valiò de toda la idoneidad de la Asequia, porque no necesitó el agua; y que en el año de 43. en que del todo lá tapò dexando el Puquio en seco, entonces fuè advertido por Don Lorenzo, y propulsado.

141 En cuyos terminos debemos distinguir lo que es ocupacion de parte de las aguas, de lo que es aprehension dé todas ellas. en quanto á la parte, ni se duda, ni niega Don Lorenzo, que desde que renovò la Asequia Joseph Alvaro, hà sacado por ella mas ó menos agua, conforme se ha introducido en los pastos; pero esta ocupacion paulatina no se llama possesion, sino intrusion; la qual no produce efecto de manutencion, ni otro legitimo derecho segun *Postio decis.* 234. *num.* 4. y es la razon; porque este mismo modo de irse extendiendo poco á poco, de suerte que no lo sienta el vecino, es vn argumento del hurto. y la mesma precaucion para ocultarle va suponiendo el vicio de mala fee que encubre.

142 Pero si passamos á la totalidad de las aguas, no la ha probado Don Jacinto, pues en toda su dilatada prueba, no ay ni vn solo testigo, que afirme estar en possesion de llevarse el agua toda: porque aunque dizen, que ha sacado todas las aguas, que ha querido sin limitacion, ninguno expressa que alguna vez haya querido llevarselo todo: por el contrario los testigos de Don Lorenzo todos declaran, que siempre han visto correr no solo aguas, sino abundantes; conque aunque la possesion fuesse dudosa en quanto á la cantidad posseida, que pudiera ser mas en vna parte, que en otra; pero à lo menos en esto que es llevar agua es evidente, que siempre ha llevado Chancaillo porcion de ella, y que nunca llegó D. Jacinto

cinto à dexar en ſeco el Puquio haſta el año de 43. que fué el acto primero, y el que diò ocaſion al pleyto; el qual no produce poſſeſion, porque antes es expoliativo, ſegun las doctrinas de *M. Ant. Sabell.* §. *Poſſeſsio num.* 10.

De aqui reſulta, que ni quede ſer manutenido en cantidad determinada de riegos, ni menos en llevarſe todas las aguas.

143 No ſe le puede manutener en cantidad determinada, porque no ay teſtigo que diga, ha ſacado tantos riegos; aunque digan que ſaca ſin limite; y conſtando al miſmo tiempo por la prueba de Don Lorenzo, que á Chancaillo han baxado ſiempre aguas abundantes de eſtos Puquios, viene à ſer, como dice el *Cardenal de Luca de Iud. diſc.* 13. *num.* 9. & 11. materia obſcura, turbida, é intrincada, el diſcernir quanta ſea el agua, que ha llevado cada parte, en la forma, que ni el miſmo Don Jacinto puede afirmar quanta es la que ha ſacado, como que no ha tenido regla. En cuyos terminos es expreſſa la doctrina de *Poſtio obſerv.* 49. donde deſpues de fundar que no es manutenible la poſſeſion obſcura, paſſa en el *num.* 7. à la que es incierta por incetidumbre de las partes antes de la liquidacion: en el *num.* 9. enſeña, que quando las partes ſon ciertas, entonces ſe puede dar manutencion en lo comun; *quia poteſt fieri diviſsio iuxta quotam concurrentis quantitatis:* de que reſulta al contrario, que quando las partes ſon inciertas del modo que ni ſe pueden preſtar, ni adquiſir, no ay manutencion, ſino que ſe debe antes proceder à declarar el derecho de las partes, en los terminos que expone al *num.* 8: todo lo qual ſe inſtruirà mas en forma en la Concluſion de eſte alegato, quando ſe funde el eſtado para determinarſe ſobre la propiedad.

144 Y aunque quiera decir, que eſtà à lo menos en poſſeſion de ſacar mayor porcion de agua, lo primero no conſta que alguno deponga de la mayor porcion: lo ſegundo, porque aunque huviera alguno, que aſsi lo afirmaſe, pero eſta era vna poſſeſsion reciente, Clandeſtina, y no titulada; pero la que tiene probada Don Lorenzo es antigua, publica; y titulada; y las de eſta naturaleza prefieren á las otras, que pacen aquellos vicios: ſon Doctrinas de *Gracian. Afflictis. Merlin. Maſcardo. Duràn*, y otros muchos en los lugares que recoje *Sabelli* §. *poſſeſsio num.* 9. Porque aunque es pleniſsimo el lugar de *Poſtio obſerv.* 42. don dice, que para el efecto de la manutencion no ſe requiere conocimiento del titulo, y

en

(234)

en este sentido trahe todas las doctrinas del Intruso, detentador, y ladron; pero todo esto pertenece al juicio sumarissimo, en que el ocupante pide no ser turbado, y no al juicio possessorio mixto, como lo dice en el *num.* 2. ni al possessorio plenario, donde examinada la justicia del titulo se ha de determinar sobre la possession, como lo declara *al num.* 102.

145 En quanto á la ciencia, es tambien plenissimo el lugar del mismo *Pothio en la observ.* 40. donde hasta el *num.* 15. enseña con toda la plenitud de textos, y AA. que en los bienes vacantes corporeos, no es necessaria ciencia, ni tampoco en los muebles no vacantes; pero en los immuebles ocupados, se necessita ciencia, y paciencia. En los incorporales, donde solo ay quasi possession, tampoco se duda de este requisito, porque *con la Ley* 2. *Cod de servit.* la define, *usus cum scientia & patientia adversarij*, y aunque el *num.* 17. passa à examinar, quando en el possessorio sumarissimo se haya de monstrar la ciencia, y paciencia del contrario, distinguiendo de casos; pero en el possessorio plenario dexa establecido, que siempre se requiere ciencia; y mucho mas en los bienes im muebles, y que son ocupados por otro; à cuya especie pertenecen las aguas, porque siendo qualidad del fundo, y parte nobilissima, por la qual se constituye, se debe juzgar immobil, conforme à la naturaleza del todo: segun *Gobio quest.* 9. *num.* 61. con *Menochio consl.* 1281. *num.* 6.

146 Y llegando para la aplicacion de estas doctrinas al cotejo de ambas possessiones, se hallarà, que la de Don Lorenzo està probada de tiempo immemorial, claramente, en presencia, y siendo author el Juez que le repuso en todo lo que le faltava desde el año 635. que continuó quietamente, porque no haviendose movido pleyto por parte de los AA. de Jequan como confiessa Don Jacinto en la pregunta 6. de su interrogatorio, no es creible que voluntariamente todos los interesados de Chancaillo abdicasen de sí, y renunciasen vna cosa tan vtil, y preciosa como el agua, y se debe presumir, que continuaron segun *Sabelli* §. *possessio num.* 30. con *Mascardo*, *Menochio*, *Barbosa*, *Vrseolo*, *y decisionss compiladas en las recentor.* Y el mismo Don Jacinto confiessa, que en su tiempo han llevado las aguas, aunque diga que por su condecendencia; á que se agrega la cortedad de sementeras que ha hecho ociosa qualquier prohibicion en todo este medio tiempo.

147 De que resulta, que esta possession antigua, no solo ha

sido

ſido publica à los antiguos AA. y al miſmo Don Jacinto, ſino que ſirve de titulo, porque paſſa de 100. años ſegun el miſmo *Sabelli num.* 32. afirmando que tiene ſuerza de conceſsion, y privilegio la centenaria : y ſi quiſiere examinar la conceſion original, no es otra que los repartimientos, y compoſiciones de las tierras; porque eſtos ſon el repartimiento de las aguas, y ſu ajuſtada prorrata como llevamos fundado en el *num.* 39. Y añadaſe la reflexion de vn ingenioſo Maeſtro, que advirtiò ſobre el *Titulo* 12 *lib.* 4. *de las de Indias,* que ſiendo la inſcripcion, *de la venta, compoſicion, y repartimiento de tierras, ſolares, y aguas* : en todo el titulo no ſe encuentra Ley que exponga el modo de repartir las aguas y todo ſe reduce al repartimiento, y menſura de las tierras: de que ſe infiere, que debiendoſe entender las Leyes conforme al titulo, el miſmo orden de dividir las tierras es el que comprehende el repartimiento de las aguas : Ni puede dudarſe en nueſtras Indias à viſta de la Ordenanza, que deſtina vn riego para cada diez fanegadas : de que ſe infiere, que el que tiene mas decenas de tierras, eſſe tiene mas repartimiento de riegos. Y en eſta forma ſi Don Jacinto buſca el titulo de Chancaillo, lo tiene amplio, y eſpacioſo en 327. fanegadas, que es el miſmo que tiene Don Jacinto para las que le tocan en prorrata por ſu fundo : quedando convencido, que la poſſeſsion de Don Lorenzo ha ſido immemorial, maniſieſta, y titulada.

148 Por el contrario Don Jacinto, aunque ſu poſſeſsion es antigua en quanto al agua reſpectiva, pero en quanto al exceſſo con que ſe ha ido introduciendo es muy moderna, como principiada deſpues que en el año de 36. comenzó à extenderſe en ſementeras, haſta introducirſe en los paſtos comunes, rozando los Montes, y Cañaberales; cuya obra la perficionó aora tres años, ſegun deponen los teſtigos peones, y practicos, en la informacion que corre haſta fox. 26. con toda la demas prueba del interrogatorio : y eſta es la razon porque Don Jacinto ſe precipito al exceſſo de ſecar el Puquio, como nunca lo havia hecho; porque como mediante eſta operacion adelantò muchas tierras que ſembrar, tuvo en que embeber todo el reſto de las aguas.

149 Y aſsi ſe manifieſta, en el exito de eſta ſementera, en que ſin tener toda el agua, ſino mucha menos, logrò 1113. fanegas : y ſiendo aſsi que antes ſembraba toda la hazienda, como declaran los teſtigos á la pregunta 11. y con mas agua

respectivamente, es visto que este extraordinario aumento en la vltima cosecha, corresponde al aumento de tierras nuevas; porque las que antes tenia todas las sembraba.

150 Pero no solo es reciente la introduccion en el excesso, sino tambien dolosa; porque como declaren todos los testigos en la pregunta 5. de Don Lorenzo, cinco años antes del Pleyto, no havia en la Calera 14. fanegadas, y oy ay mas de 30. de sembradura; porque à manera de alubion se ha ido aumentando insensiblemente sobre los pastos comunes; y aunque este es vn modo legitimo en los Rios, que no saben lo que hazen, pero es muy improbo en los hombres, que de proposito lo executan; conque por necessidad se concluye, que si 5. años antes solo havia vn tercio de las tierras, tambien sacaria vn tercio de las aguas, en que se ha introducido con la misma insensibilidad.

151 Y que esto fuesse oculto, sin que se lo pudiesse percibir Don Lorenzo, es demonstrable; porque la Toma de D. Jacinto, como confiessa à fox. 44. pregunta 2. se halla entro de tales pantànos, que no pueden entrar sino à pie descalços, y à riesgo de atollarse; por cuyo motivo dize, no haverla visto en 20. años: y aunque la vecindad es vna presumpcion de ciencia en las cosas del vecino; pero como enseña *Mascardo en la conclus.* 1414. *num.* 5. no puede presumirse, que el vecino ha reconocido lo qne no pudo vèr el mas vecino; y con mayor razon no podrá haver visto lo que el dueño no pudo vér entro de sus dominios.

152 El modo como pudiera advertirlo Don Lorenzo, era por el efecto; pero en las cosas que no ay determinada mensura, (como estos Puquios, que crecen, y menguan segun son altas, ò baxas las sementeras de los fundos superiores, en sentir de Don Jacinto à fox. 45. pregunta 6.) no se puede conocer la causa, aunque se advieta la falta; y entre los fundos superiores, è inferiores ay esta diferencia, que si es inferior se lleva el agua es patente al superior, quien sino la pide, sin mas acto manifiesta su paciencia; pero el inferior á quien le vsurpan puede no percibir lo que se lleva el superior, mayormento si lo conduce por lugares inaccesibles.

153 Y en estos terminos sin duda hablaba el interdicto Pretorio *vti hoc anno aquam de aqua agitur non vi, non clan, non precario duxisti vim fieri veto*, de que haze memoria *Vlpiano en la Ley* 1. *ff. de aqua quotid.* donde se note, que para este interdicto sumarissimo, se requieren dos cosas: el que la possession

ſeſsion ſea de vn año, *vti hoc anno*, y el que no ſea oculta, *non clan*: de que ſe infiere, que puede haver poſſeſsion entera de vno y otro año, y que con todo eſſo ſea oculta; pues de otra ſuerte, ſi por ſolo el tiempo, y la vecindad ſe preſumiera la ciencia eſtuviera ocioſa la prueba que pide el interdicto de la publicidad ſobre el año dé la ocupacion. Si Don Jacinto huvieſſe ſacado toda el agua ſin dexar porcion de ella, como en eſto que es ſecar el Puquio, no ay mas ni menos, ſeria la ciencia inexcuſable, como lo fué en la vltima faccion de Don Jacinto; pero como ſiempre dexó el agua que en la antigua Toma no pudo ſujetar, pudo atribuirſe á cauſa de eſcazes, y eſterilidad de las vertientes.

154 Pero lo que haze al caſo es, que el que quiere fundarſe en la paciencia agena de probarla, ſegun *Potbio obſerv.* 40. *num.* 30. *in fine*: y todas las vezes que la cauſa poſſeſſoria ſe dirige contra otro, que tiene fundada ſu poſſeſsion anterior, ſe le debe probar la paciencia para no caer en deſpojo, como lo funda el miſmo A. *Loco vbi ſupra per totum.*

155 Faltale finalmente el titulo, porque no ha preſentado alguna conceſsion particular, y el que vnicamente tiene, es el repartimiento de tierras en que ſe entiende tacita la prorrata de las aguas; el qual no ſolo es inſuficiente, ſino contrario al exceſſo, por lo miſmo que es exceſſo; y no haviendo otro titulo, (porque el del nacimiento de las aguas de los Puquios queda ya convencido, no ſolo de falſo, ſino de inconducente) Venimos á dar en que à Don Jacinto le faltan en ſu poſſeſsion aquellas tres qualidades, de antigueded, publica, y titulada conque Don Lorenzo la ſupera, en conformidad de las Doctrinas expueſtas deſde el *num.* 114.

156 En quanto al todo de las aguas, tiene menos dificultad la materia; porque Don Jacinto no ha monſtrado titulo de conceſsion en que ſe le aſigne el todo de los Puquios; ni en todos ſus inſtrumentos ſe halla vna palabra de repartimiento de agua. La propriedad de origen, ſe ha demoſtrado ſer falſa, y que nada conduce el que nacieſen en ſus tierras, con todo lo que haze para la propriedad: conque el vnico titulo conque debe ſacar es agua el repartimiento de las tierras, el qual como hemos fundado con las Leyes Reales, es tambien repartimiento de aguas: y ſi es repartimiento, ya ſe vè que no puede ſer totalidad; porque lo miſmo es tener derecho à ciertas partes en prorrata con otros intereſados, que pertenecer las otras partes à los otros con quienes entrà en diviſion.

Eſte

157 Eſte es el titulo legitimo de Don Jacinto; porque ſino entra por razon de las tierras, havrá de de conceder, que ſon del Rey, de quien ſon todas las aguas con todos los paſtos, y montes; del miſmo modo, que las Minas, por la *Ley* 5. *tit.* 17. *lib.* 4. ſin que importe el que ſean Puquios, Pozos, ò fuentes ſegun *Eſcaſona lib* 2. *part.* 2. *cap.* 21. *num.* 1. donde dice, *que el Rey desde que fué Dueño del ſuelo, lo fué tambien de todas las aguas, y que todas las retiene en quanto no las huvieſſe concedido, ó repartido*: notenſe los dos terminos *concedido, ó repartido*, que hazen las dos eſpecies de titulo por donde ſe ha de introducir el que demanda; ſuponiendo ante todas coſas con el Señor *Caſtillo tomo* 7. *cap.* 16. *num.* 10. que quando la poſſeſsion es ſobre las aguas por ſer punto de regalia, ante todas coſas ſe debe principiar por el titulo, y ſin él no ay manutencion.

158 Conque haviendo de monſtrar el ſuyo Don Jacinto, diga qual es el que le aſsiſte de los dos modos conque en las Indias pueden las aguas adquirirſe; eſto es por *conceſion*, ò por *repartimiento*, en Rios, Fuentes, y Pozos, que eran las obras manuales de los Indios, como lo fueron las foſas de eſtos Puquios, ſegun ſe ha demoſtrado.

159 Si dixeſe ſer conceſsion, mientras no la mueſtra, debe ſer expelido del todo; ſi dixeſe que es repartimiento, debe entrar en prorrata con los demás que ſupone el concepto de repartimiento, que dice pluralidad de ſujetos, y diviſion de partes; y en eſtos terminos ya ſe conoce, como repugnaba à ſu miſmo titulò la poſſeſsion de todas las aguas, la qual no es manutenible aun quando la huvieſe verificado. Es Doctrina expreſſa *de Giurba obſerv.* 71. *per totam. Antunez lib.* 3. *cap.* 45. *num.* 20. *Pareja tit.* 9. *reſol.* 2. *num.* 17. & 23. *Fraſo cap.* 95. *num.* 62. *Pereira deciſ.* 24. *num.* 10.

160 Y la razon es, porque ſiempre que en el titulo propio conſta del derecho ageno, forzoſamente ſe conſtituyen en mala fee, pues contra el proprio inſtrumento, no ſe admite ignoaancia, con la *Ley Non eſt ferendus, ff. de tranſact.*

Pero en Don Jacinto, no ſolo es preſumpcion eſta ciencia, ſino declaracion propria, aſsi en la taſſacion que hizo de Chaccailla con todos ſus derechos de agua, como en la declaracion que hizo á favor de Don Juan de Beramendi, ſobre que ſe han de reproducir todas las reflexiones que van expueſtas al *num.* 35.

161 Ni puede evadir la mala fee por decir, que èl ſe introduxo

duxò á los Puquios, porque nacian en sus tierras, y que el lo tuvo por titulo legitimo; sea, ó no legitimo titulo; porque à fox. 53. pregunta 2. examinado si sabe donde nacen los Puquios, si en sus tierras, ó en los Potreros de Olguin, y Gonzalo responde; *que no lo sabe*, y aqui entra el argumento indisoluble; porque primero es saber el origen de los Puquios, que aprehenderlo por titulo, para la possession de las aguas, luego si despues del Pleyto aun no sabia Don Jacinto, si los Puquios nacian en su fundo, ó en el ageno, para la possession del agua, antes del litigio no pudo concebir semejante titulo; y de aqui se conoce, que este recurso solo ha sido invectiva de su director, y que no aprehendiò las aguas, porque nacian en sus tierras; sino al contrario, dice que nacen en sus tierras, para defender la vsurpacion de las aguas.

162 Todos estos fundamentos persuaden con evidencia, que aun quando en algun tiempo huviese llebado Don Jacinto todas las aguas (lo que no depone ni vn solo testigo) con todo no se podia mantener por los vicios de furtiva, y clandestina, intitulada, y dolosa. Pero aun ay otro derecho mas particular; y consiste, en que las aguas que se repartieron en la poblacion, no pertenecen á los dueños, sino que son debidas à las tierras: mas claro; no le pertenece á los dueños por los dueños, sino á los dueños por las tierras; y esto se persuade de dos modos; porque como se notò en *num.* 147. en todo el titulo de las composiciones, ventas, y repartimientos de tierras, y aguas, no ay repartimiento alguno de aguas; luego las aguas nos vienen por el repartimiento de las tierras. Lo segundo, y mas particular; porque la *Ley* 11. *tit.* 17. *lib.* 4. manda, que hecho el repartimiento de tierras, *se de à cada vno el agua que debe tener*: luego el agua se repartió en quanto se debe tener; y siendo cierto que aquel *en quanto deba tener* dice respecto à la cantidad de tierras, porque à las personas como personas, no se le debe agua, ni en ellas, como tales, ay cosa que pida mas ó menos cantidad de agua; luego todo el repartimiento de la Ley se entiende hecho à las mismas tierras, ò à las personas, por lo que deben tener al respecto de sus fundos.

163 Y en estos terminos es notorio, que todas las vezes que vno adquiere vn derecho por razon del suelo, ni puede enagenarlo reteniendo el fundo, ni tampoco vender el fundo, y retener el derecho. En lo Canonico no era exemplo incongruo el del Patronato, que aunque sea por su naturaleza

 excep-

exceptuado de todo comercio, vendidas las temporalidades, ſobre que conſiſte, paſſa tambien con ellas el patronato en la eſpecie del *Cap. Ex literis de Iure Patron.*. Pero en lo Civil ſe identifica el exemplo de la ſervidumbre real debida al predio, que ni ſe puede reſervar en la perſona vendiendo el fundo, ni ſe puede vender à otra perſona, reteniendo el predio dominante. *Sabell.* §. *Servitus. num.* 8. & 11.

164 Eſto miſmo, y con mayor razon es lo que ſucede en la diſtribucion de las aguas; porque no ſolo ſe tiene como derecho Real, ſino como derecho Real neceſſario, en que conſiſte la ſubſtancia del fundo, y del miſmo modo que el hombre libre no es dueño de ſus miembros para deſtrozarlos, tampoco es dueño de los fundos el Señor para deſtruirlos. Si al publico conviene el que los theſoros no los diſipe el que los tiene, ſin embargo de que ellos no ſe pierden, porque alguno los recibe, quanto mas convendrà al publico, que ſe conſerve el agua en ſu proprio fundo, quando de transferirla à otro el miſmo dueño, ſe ſigue aniquilarſe, y haver eſſa hazienda menos en el comulo de las que ſirven á ſu abaſto; y de aqui debo inferir, que las doctrinas que hablan de la venta de las aguas, ſe entiende de las que ſobran, y no de aquellas que ſe juzgan neceſſarias à la labor del predio.

165 Caſo practico, y ſingular doctaina es la del *Cardenal de Luca diſcurſ.* 34. *de Empt. & Vendit.* donde propone, que necelsitando el Monaſterio de Santa Thereſa de vna parte de aguas y Huertos de los Palacios de Matheis, compraron todo el Palacio por no querer los dueños deſmembrarle; y haviendo aprovechado para sì parte de los Jardines, y el todo de las Fuentes, vendieron el Palacio al Cardenal de Maximis, à quien ofrecieron dar alguna parte de agua, la que les pareciere declarar por eſcriptura ſeparada; y concluida la venta, las Monjas quiſieron para sí la parte mas notable, y al comprador dexar vna corta, y moderada; ſolicitaba el Cardenal comprador ſe repartieſen las aguas en prorrata à los Jardines vendidos, y reſervados por el Monaſterio; ſin embargo de que el contrato en quanto à la quota ſe havia cometido à ſolo el adbitrio de las Monjas; y pueſta la materia en balanza de juicio, ſe determino à favor del Cardenal, que vendidas las tierras, ſe entienden tambien vendidas las aguas en prorrata; y la mayor facultad que eſte Eminentiſsimo Author concede al dueño en el *num.* 19. es, que pueda reſerbar

ſerbar la exuberante, pero no la neceſſaria: que es lo miſmo que yo havia diſcurrido en el *num. antecedente* ſobre la inteligencia de las doctrinas que tienen los AA. para que ſe puedan vender las aguas, pues eſtas que ſon las que ſe pueden reſervar, ſeràn tambien las que ſe pueden transferir.

166 Y de aqui ſalen dos inferencias por ſuperioridad de razon: la primera, que ſi el agua neceſſaria no ſe puede ſeparar del fundo en alguna parte notable, mucho menos en el todo. La ſegunda, que ſi el animo expreſſo del dueño no es capaz de ſeparar eſtas aguas de ſus reſpectivas tierras para aprovecharlas; mucho menos la paciencia de tolerar à vn intruſo, que apenas es vn conſentimiento tacito, ò preſumpto de perderlas.

167 Diceſe de contrario, que deſpues de haver tapado todo el Pequio en eſte vltimo año, cogió Don Lorenzo mas de 14U. fanegas, conque ſe excedio al todo de los antecedentes; y que eſto proviene de que aun deſpues de atraveſado el Puquio, paſſa á Chancaillo vna gran porcion de deſagues; y la agua de noche; que aprovecha en el Eſtanque; y para mayor comprobacion pregunta en ſu interrogatorio, ſi ſe juntan ſiempre abundantes aguas de los dos Puquios que baxan à Cancaillo, en el paſſo de Mata-baca.

168 Pero eſto es ſuponer lo miſmo que ſe ha de preguntar; porque es cierto, y aſsi lo entienden los teſtigos; que quando ſueltan las aguas, corren, y ſe juntan en Matabaca; pero como no ay parte de donde vengan retapados los Puquios, y pueſtos en ſeco, no avrá mas aguas en eſte paſſo, que la que alli eſtá empozada, por la profundidad del ſitio. Los Eſtancos no ſon meritos para que los fundos pierdan ſus derechos, ſino induſtrias para aprovecharlos; lo miſmo que ſe le debia á Chancaillo, quando no tenia eſta mejora, tambien oy ſe le debe; y Don Jacinto puede hazer en Jequan la miſma diligencia: los Eſtancos ſon vn aprovechamiento contingente, porque ſe ciegan; y eſte, todos los dias con el barro que arraſtran los deſagues de Don Jacinto: y ſi oy Don Lorenzo puede coſtear las Limpias, quizà no podrán ſus herederos: tambien puede quebrarſe como ya ha ſucedido por lo areniſco del terreno; y vn fundo de tanta conſideracion, no ſe ha de exponer ſolo por que Don Jacinto no tenga el miſmo deſvelo, y que ſus operarios ſe hechen à dormir ſin el cuydado de regar: partanſe las comodidades con las penſiones; que no ha de ſer toda la agua para

vno,

vno, y todo el ſudor para otro: lo que fuere de Don Ja, cinto, llevelo de dia, y de noche; pero lo que es de Chancaillo, baxe de noche, y de dia; y cada vno diſponga el modo de aprovechar lo que le toca.

169 Si los deſagues le parecen tantos á Don Jacinto, que con ellos ſe haze vna ſementera mayor que la ſuya, no tiene que quexarſe en que ſe le quite mas de la mitad del agua; pues ſi la ha de ſoltar por abaxo, nada pierde conque ſe ſaque desde arriba; y Don Lorenzo adelantarà el llevarla limpia para que no le ciegue las Aſequias, eſcuſando vna limpia perdurable; y porque le parece que haze mucha ſangre la ſemantera que cogiò Don Lorenzo el año de 43. buelva la tabla Don Jacinto, y conocerà lo poco que perſuade.

170 Las ſiembras ſe hazen desde Junio haſta Septiembre; por Agoſto le quitò las aguas Don Lorenzo: y dexandole con medio Puquio, cogiò IIIJ. fanegas, que nunca ha cogido; luego con el medio Puquio tiene Don Jacinto quanto neceſsita. Al contrario en Chancaillo, ſi Don Lorenzo cogiò 1400. fanegas, fuè porque en eſſe año fuè reſtituido al Puquio, y medio; luego todo el Puquio medio ſe neceſſita para vna ſementera correſpondiente á aquel fundo, y conſiguientemente ſe demueſtra, que eſta diſtribucion conviene con el titulo, conviene con las Leyes y mente de la poblacion, y vltimamente con la miſma naturaleza de las aguas, que piden no ſepararſe de de ſus tierras; ſin que haya ni fundamento de derecho, ni temperamento de equidad, que fuerze, ó incline à que ſe diſpenſe en vn punto de toda la reſtitucion, que ſe ha hecho à Don Lorenzo.

CONCLUSSION DE LOS PUNTOS,

Y ESTADO DE LA CAUSA.

171

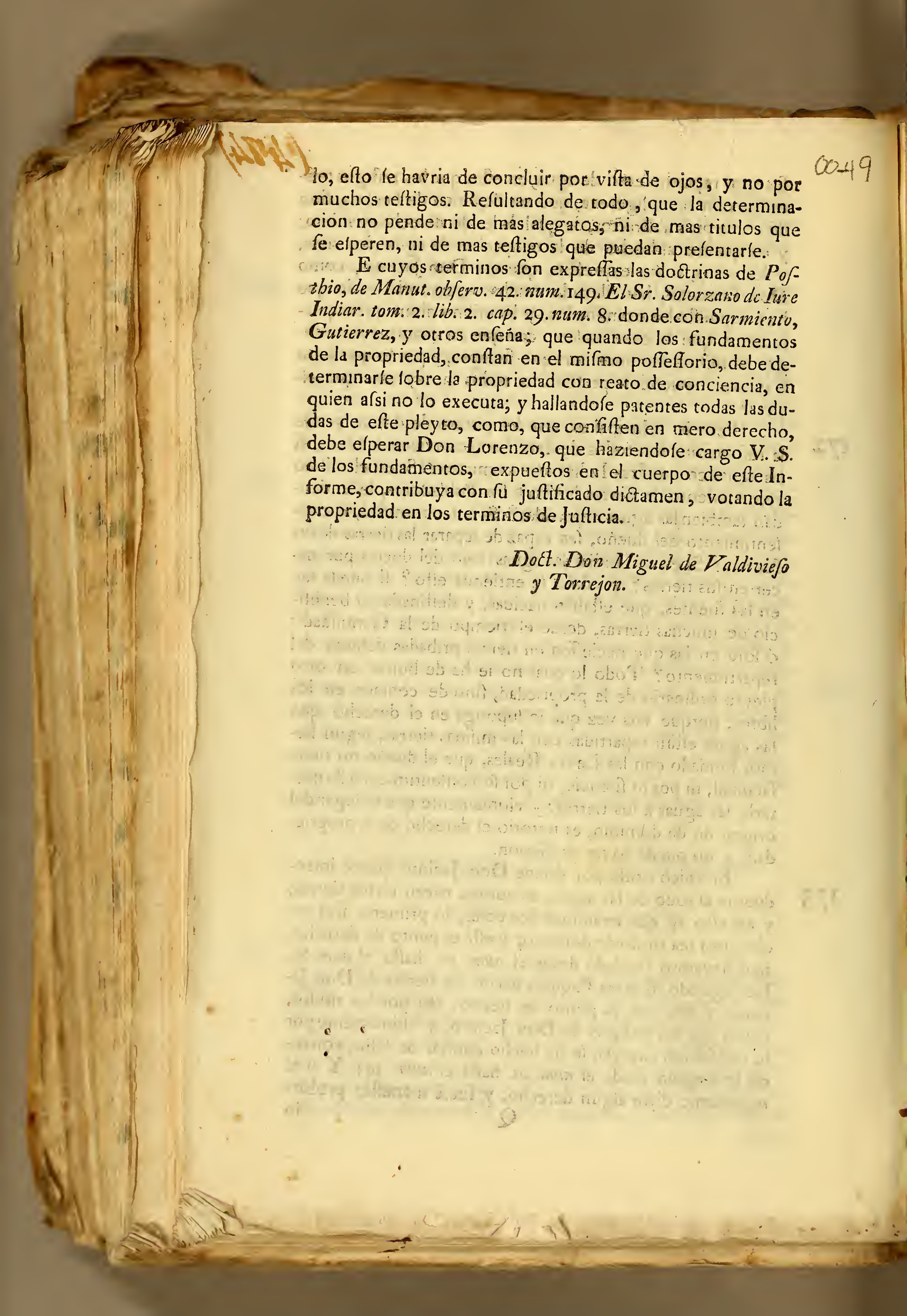
AUnque Don Jacinto ſolo ha deducido la poſſeſsion con protexta de no mezclarſe en la propriedad, con todo, haviendoſe ſeguido la poſſeſsion en juicio plenario, ſe han preſentado todos los titulos, jurando las partes no tener otros; como tambien todas las pruebas, que pueden darſe por ambas partes: y aſsi de los titulos, como de las pruebas, conocerá V. S. en aquellos, que no ay conceſ-

ſion,

sion, ni repartimiento de agua; en estas que los testigos proceden con tanta ligèreza, que no deponen de hechos, sino de conceptos abstractos, de qualidades de derecho, y animo; y en quanto al hecho de la ocupacion de aguas, los vnos, y los otros, todos expressan, que assi Don Jacinto, como Don Lorenzo, han llevado muchas aguas: esto es lo que han depuesto los examinados, y lo mismo diràn qualesquiera otros que se examinasen: con que en quanto à los testigos lo mismo tenemos aora que siempre; y por lo que haze à titulos, haviendose presentado todos no ay mas que esperar.

172 Pero lo principal es, que los puntos de donde pende la resolucion, son todos de derecho: conviene á saber; si las aguas en nuestras Iudias sean comunes? Si en el mismo repartimiento de tierras hecho á los Pobladores, se entiendan tambien las aguas repartidas? Si la taciturnidad, ò consentimiento del dueño, sea capaz de separar las tierras de sus fundos? Si en las Indias las aguas sean del dueño por nacer en sus tierras? y como se entienda esto? si pueda ser en las fuentes, que estaban nacidas, y destinadas al beneficio de muchas tierras, desde el tiempo de la Gentilidad? ó solo en las que naciessen en tierras pribadas despues del repartimiento? Todo lo qual no se ha de buscar en otro pleyto ordinario de la propriedad, sino de contado en los libros; porque vna vez que se suponga en el derecho que las aguas estàn repartidas con las mismas tierras, segun hemos fundado con las Leyes Reales, que el dueño no tiene facultad, ni por su silencio, ni por su consentimiento de quitarle las aguas à sus tierras: y vltimamente que el lugar del origen no dà dominio; es notorio el derecho de la propriedad, y no puede haver possessión.

173 El vnico titulo por donde Don Jacinto quiere introducirse al todo de las aguas, es porque nacen en sus tierras; y en esto ay que examinar dos cosas; lo primero, si el nacimiento sea titulo de dominio; y este es punto de derecho, que llevamos fundado desde el *num.* 50. hasta el *num.* 81. Lo segundo, si estos Puquios nacen en tierras de Don Jacinto; y este que es punto de hecho, assi por los titulos, como por los testigos de Don Jacinto, y vltimamente por su confession expresa, se ha hecho constar de falso, con todo lo alegado desde el *num.* 91. hasta el *num.* 103. Y si el nacimiento diese algun derecho, y fuese menester probarlo


0049

lo, eſto ſe havria de concluir por viſta de ojos, y no por muchos teſtigos. Reſultando de todo, que la determinacion no pende ni de mas alegatos, ni de mas titulos que ſe eſperen, ni de mas teſtigos que puedan preſentarſe.

E cuyos terminos ſon expreſſas las doctrinas de *Poſthio, de Manut. obſerv.* 42. *num.* 149. *El Sr. Solorzano de Iure Indiar. tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 29. *num.* 8. donde con *Sarmiento, Gutierrez*, y otros enſeña; que quando los fundamentos de la propriedad, conſtan en el miſmo poſſeſſorio, debe determinarſe ſobre la propriedad con reato de conciencia, en quien aſsi no lo executa; y hallandoſe patentes todas las dudas de eſte pleyto, como, que conſiſten en mero derecho, debe eſperar Don Lorenzo, que haziendoſe cargo V. S. de los fundamentos, expueſtos en el cuerpo de eſte Informe, contribuya con ſu juſtificado dictamen, votando la propriedad en los terminos de Juſticia.

Doct. Don Miguel de Valdivieſo y Torrejon.

(475)

(32)

✠

DEFENSA EN DERECHO,

POR PARTE DEL CORONEL

DON FERNANDO CARRILLO, Y ALBORNOZ.

CONDE DE MONTEBLANCO

Poseedor de las Haciendas de Cañaberal, nombradas San José, y San Regis, ſitas en el Valle de Chincha, juriſdiccion de la Provincia de Cañete

EN EL PLEITO

CON

DON CLAUDIO FERNANDEZ PRADA, DUEño de Laràn, y otras acceſorias en el miſmo Valle,

SOBRE

Que ſe declare, el que tiene á las Aguas de la Azequia titulada el Socorro deſde principios del mes de Agoſto, haſta que ſe afianzan las avenidas del Rio.

CON LICENCIA DEL SEÑOR REGENTE,

En Lima: en la Imprenta Real Calle de Concha.
Año de 1784.

